

區分所有의 法理論에 대한 研究

—集合建物の 所有・管理에 관한 法律案을 中心으로—

全 秉 翼

The Study of the Legal Theories for Apartment ownership

Jun Byung-Ik

.....〈目 次〉.....	
一. 序 論	(三) 우리의 區分所有
二. 區分所有權法の 沿革의 考察	三. 區分所有의 社會的 意義
(一) 프랑스의 區分所有	四. 區分所有의 法理
(二) 독일의 區分所有	五. 結 論

Abstract

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

There seems to be too many legal internal loopholes in the existing Apartment ownership.

In this paper, the author,

- 1) studied the history of the Apartment ownership in the case of foreign country.
- 2) analyzed the social function of Apartment ownership for bulding.
- 3) studied the legal theory of the exclusive use part, comonon use part and Apartment ownership for Bulding on the draft of Apartment ownership Act.

一. 序 論

오늘날 集合住宅에 관한 記事는 每日 新聞紙面을 메우고 있다. 集合建物에 대한 문제는 1960년 以前까지만 하더라도 그렇게 큰 weight를 가진 것은 아니었다.

1960年以後, 급속한 經濟發展은 都市의 近代化를 促進하였다. 人口・産業의 都市에로의 集中에 의한 地價상승은 土地의 高度利用, 立體化를 促進하는 要因이 되었다. 從來 都市에서는 獨立住宅이 主流를 차지하고 있었고, 地表의 上・下에 미치는 垂直的인 土地所有權을 大前提로 하여 住宅이 構成되었으나, 차츰 西洋式 建築技術의 導入에 따라 地表에 接觸되지 않는 空中 및 地下를 畝 단적으로 區分한 空間의 水平的 所有와 利用의 都市構成으로 變경하지 않으면 아니되었다. 大都市의 人口集中은 처음에

는 平面的으로 郊外地의 開發로 擴大되었으나, 交通運輸機關의 限界化와 遠距離通勤·通學에 기인하는 一般市民들의 정신적 육체적 고통에 대한 人間性 回復의 自覺 및 통근비·통학비의 支出로 인한 個人所得과 總資本의 절약이라는 經濟法則 등으로 점차로 水平的 都市形成은 정체되게 되었다. 이에 부응하여 都市中心의 土地는 立體的으로 効率的으로 活用되어야 함은 물론이고 地價도 立體的으로 換算하여 平面的으로 활용된 郊外地의 地價와 相對的으로 均衡을 유지할 것이 필요하다. 이 현실적 요청과 個人主義思想과 영합하여 나타난것이 集合建物과 區分所有의 法制라 하겠다. 이와같이 都市의 人口集中으로 인한 現實的 요청에 의하여 民法 第215條를 비롯하여 都市計劃法 都市再開發法 등의 一連의 都市政策立法이 이에 補助를 맞추고 있다. 그러나 서울의 경우 4名중 1名이 集合住宅에 살고 있으며, 새로운 생활변혁이 물고온 集合住宅의 法律上 規制에 적합한 立法이 되지 못했다. 따라서 다소 늦은감은 있지만은 1982년에 「集合建物の 所有·管理에 관한 法律」草案이 만들어져 1983년에 國會에서 通過를 볼 豫定이다. 그 制定理由에서 밝힌 바와 같이 「中·高層建物內에서 共同生活을 合理的으로 規律하고 그 權利關係를 간명히 公示할 수 있도록 單行法을 制定하여 一般國民에게 法的 安定성과 去來의 便益을 提供」하는 데 있다고 한다. 그러나 뒤늦게 制定되는 立法이 어제와 오늘의 현실적 상황을 살펴보고 새로운 來日을 위한 立法이라야 하겠는데, 그 草案에 여러가지 문제점이 表出化되고 있다.

本稿에서는 集合建物の 가장 根本的인 法理構成에 主眼點을 두고, 이를 위하여 제일 먼저 프랑스·독일의 區分所有法을 演繹적으로 고찰하고, 集合建物の 社會的 意義를 다각적 측면에서 論究하고, 나아가 專有部分과 共用部分의 그 法律的 性質을 규명하여 立法上 조금의 참고가 되기를 바란다.

二. 區分所有權法の 沿革의 考察

· 法制史的 研究에 의하면 區分所有制度에 대한 形態는 西紀 紀元 二千年 前 「바비로니아」에 이미 存在하였다. 그 時代의 契約에 二層建物이 음식점으로 별도로 使用되고 또 一層의 使用權이 賣買의 目的物로 된 기록이 있다.¹⁾ Roma諸國에 있어서는 建物全體가 土地의 所有者에 屬하는 法原則을 채택하였기 때문에 建物の 區分所有가 存在하지 않았다. 「에집트」에 있어서는 區分所有制度가 보급된 기록이 있다.

이와같이 기원전부터 區分所有가 인정되고, 이 制度는 歷史의 흐름속에 발전되어왔다. 이에 따라 區分所有가 발전된 국가의 그 立法의 制定的 背景을 고찰하여 그 法律的 意義를 찾기로 한다.

(一) 「프랑스」의 區分所有

옛날의 慣習中에 區分所有에 관한 法制가 많이 있다. 즉 크로시카島에 있어서는 生活이 풍부한 편이 못되어 獨立의 住宅보다는 가옥의 一部所有者가 되는 편을 택하였다. 相續에 있어서는 各者의 相續人에 대하여 同價値의 分割部分을 상속하는 데 이용 되었다. 建築費用을 分擔하는 方法으로 利用되는 경우도 있었다.²⁾ Dennes에서는 都市改革上의 原因에 의하여 區分所有制度가 利用되었

1) Basnage. Commentaire de la coutume de Normandie, DCXVII, 578面.

小沼進一; 「フランス區分所有權法の沿革」 青山法學論集 第16卷 第2號. 29面~31面.

2) Jacquier, De la division par étages de la propriété des maisons, These Aix, 1935, 21面.

小沼進一, 前掲書 30面.

다. 즉 1720년에 비참한 대화재가 있었다. 그 結果 建物の 再建은 새로운 街의 계획에만 의존하게 되었다. 따라서 종전의 地主들은 부득이 단결하여 費用을 捻出하지 않으면 住居建物を 所有하는 것이 힘들었다.³⁾ 이상과 같이 「프랑스」의 近代以前의 區分所有制度의 발생원인이 住宅不足·相續·土地의 不足, 都市改革 등에 의하였다고 볼 수 있다.

프랑스가 近代國家의 形成과 아울러 모든法律이 정비됨에 따라 1804년 「프랑스」 民法典을 制定하게 되었다. 프랑스 民法典의 그 歷史的 沿革에서 관찰할 때 集團的 所有의 형태에는 대단히 消極的 태도를 취하였다. 그러나 民法典의 制定에 當하여서는 立法者는 Lyon과 Grenoble의 控訴院의 판결을 기초로하여 第664條에 慣習上의 階層의 所有權을 成文法典에 規定하였다.⁴⁾ 따라서 모든 階層建物の 區分所有를 규율함에 있어서 民法 第664條만 存在하고 이 條項에 의하여만 法的 문제를 해결하였다. 그 內容을 보면 즉 「어느 建物の 各 階層이 다른 所有者에 속하는 경우에 있어서 그 所有證書에 修繕 및 改築에 관한 方法이 정하여 지지 않았을 때는 다음과 같은 方法으로 定하여야 한다. 外壁 및 柱는 모든 所有者가 그 所有하는 階層의 價額에 比例하여 그 費用을 負擔한다. 各 階層의 所有者는 보행하는 밑바닥을 만들고, 二階의 所有者는 二階에 통하는 階段을 만들고, 三階의 所有者는 二階에 통하는 계단을 만든다. 그 以上の 것도 같다」고 규정하고 있다. 그러나 民法典의 第664條의 單一條文 만으로는 時代에 적합한 여러가지 法律問題를 해결하기 힘들었다. 따라서 이 條文의 解釋과 運用에 있어서 판례 및 규칙을 통하여 행하여졌다.

원래 區分所有制度는 19C의 個人主義 精神과는 方向을 달리하는 것이며 民法의 立法者에게는 곧 소멸해야 할 일시적이고 편의적인 현상으로 생각되었다. 또 이와같은 區分所有制度의 형태가 이미 存在하였기 때문에 立法者는 이것을 法典에 남겼을 뿐이다. 이 區分所有制度는 所有형태로서는 個人的 所有權과 併存할 수 없고 個人的 所有權에 가깝도록 하려고 하였다.⁵⁾ 즉 共用物은 될 수 있는 限 적게하고 反對로 權利行使에 있어서는 各 所有者에 광범한 自立性을 인정하였다. 그러나 民法 第664條는 프랑스 區分所有權 觀念의 發展에 基礎가 되었다. 立法者의 意思와는 달리 社會 現實的 要請에 의하여 區分所有制度에는 多數의 住居를 포함하는 巨大한 集合建물이 건립되고 勞動力의 不足으로 인한 近代的 設備를 갖춘 편리하고 간이한 住宅을 필요하게 되었다. 따라서 종래의 個人主義的 所有權에서 출발한 民法 第664條는 현저하게 不備하게 되고, 이러한 立法的 不備로 인하여 集合建物の 構成·使用 및 管理에 여러가지 法律的 問題가 있음이 인식되어 새로운 特別立法이 要求되었다. 이와 같은 사정에 따라 民法 第664條의 不足함을 補充하기 위하여 이 條文을 폐지하고 1938년 6월 28일에 單行·特別法이 制定되게 된 것이다. 이 法의 중요한 內容을 要約해보면 ① 利害關係者가 會社를 設立하고 그 社員의 持分 또는 株數에 따라 所有權을 부여하고 ② 區分所有者의 專屬的 使用에 들어가지 않는 集合建物の 部分을 共用部分으로 하고 區分所有者는 그 共用部分의 共用所有者로 推定한다. ③ 종전에 가장 不備한 條項이었던 共用部分의 管理에 대한 立法的 규정을 전면적으로 정비하였다. ④ 등기를 條件으로 하고 區分所有者의 特定承認에 대한 규약의 對抗力이 인정되었다.⁶⁾

이상과 같이 1938년의 特別法은 集合建物の 여러가지 法律問題를 해결함에 크다란 공헌을 하였으

3) 小沼進一, 前掲書 29面.

4) 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 9面.

5) 小沼進一; 前掲書 48面.

6) 玉田弘毅 外 2人; 建物區分所有權法の 資料編, 一粒社(1975) 東京, 28面~30面.

나 不備한 점이 數多하게 表出化되었다. 즉 集合建物の 管理에 있어서 區分所有權者 全員の 一致를 要求하였으며, 舊集合建物の 管理改善에 어려운 점이 많았다. 그리고 同法이 命令的 法規의 性格을 띠지 않았기 때문에 利害關係者의 自由에 一任하는 경우가 많다. 따라서 1938년의 區分所有에 관한 特別立法의 不備를 補充·改善하고 그의 立法精神을 이어받아 制定된 것이 1965년 7月 10日 法律 第557號로서 공포된 法律이다.⁷⁾

[1965년의 法]의 특징은 ① 명확한 定義를 부여하고 精밀한 規定을 설정하고 있다. ② 區分所有權者의 個人的 權利行使와 그 保護를 두텁게 하였다. ③ 諸般手續節次를 용이하고 탄력적이게 하였다. 좀더 具體的으로 말하면 ① 管理에 관한 規定의 強行規定化, ② 組合以外의 管理組織은 不認定 ③ 管理人員의 設置 및 規約作成의 義務化, ④ 組合理事會制度의 창설, ⑤ 管理에 있어서의 多數決制의 導入, ⑥ 規約에 의한 區分所有權者의 權利制限에 대하여 不動產의 用途에 따른 것 以外에는 無効로 하는 것 등이다.⁸⁾

(二) 독일의 區分所有

German 法에서는 「地上物은 土地에 屬한다」(Superficies solo cedit)라는 原則을 채용하지 않았기 때문에 建物は 물론이고 其他 附屬施設·樹木·地下室과 같은 建物の 個個部分까지도 土地所有權者 以外者에 屬할 수 있었다.⁹⁾ 따라서 區分所有인 階層的 所有權은 여러 都市에 普及되었다. 또 이것은 그 經濟的 任務로 賃貸借關係를 代行케 하는 것과 共有關係를 代行하는 역할을 하여왔다. 都市内部의 일 각에서 밀집하여 살고 있는 유대인들은 物에 대한 共有者로서의 法的地位(Mieter)보다는 獨占的이고 排他的인 法形式을 가진 方法을 좋아했다. 相續財產의 分割의 方法으로서 區分所有制度가 채택되었고, 가족의 數가 증대함에 따라 家屋數의 증설을 할 수 없는 좁은 都市에서 다소의 金錢的 여유가 있는 中小居住者가 所有者의 利益을 享受케 할 필요에서 區分所有가 現實的으로 필요하게 되었다.¹⁰⁾

독일 諸地方에 Roma法이 침투된 結果, 두가지 法構成의 형태가 나타났다. 第一은 都市法의 全部가 Roma法化한 것이다. 이러한 法形態속에서는 階層的 所有權의 成立은 全然 不可能하였다.¹¹⁾ 第2는 都市法에 Roma法이 受容化된 것이다(Sachsen Heining R. Säche B. G.B). 이 개혁법전은 소위 條例優先理論(Statuten Theorie)에 따라 都市法은 條例王國法에 優先하고 왕국법은 보통법에 우선하여 적용되는 結果, 옛날의 法律 및 慣習을 수집하여 法典을 만들었다. 따라서 이곳에서는 階層的 所有權이 포함되는 것은 물론이다.¹²⁾

1888년 독일民法草案에서는 Roma法의 영향을 받아 區分所有인 階層的 所有權을 否定하고 Roma法의 原則인 一物一權主義를 엄격히 적용하였다. 物은 有體物을 말하고 一個의 物은 本質的 構成部分과 非本質的 構成部分으로 形成하고 本質的 構成部分은 獨立의 物件의 對象이 될 수 없었다.¹³⁾ 그러므로 階層的 所有權은 成立할 수 없다는 것이다. 그러나 民法施行後, 民法典上으로는 階層的 所

7) 이 法과 그 施行令인 1967年 3月 17日의 데크레 第223號가 현재 프랑스 區分所有關係를 규율하는 基本法이다.

8) 玉田 外 2人, 前掲書 13面~59面.

9) 하이브리히·미츠타이스著; 도이츠私法概說 世良兎志郎 譯 創文社(1960), 東京, 162面.

10) 丸山英氣; 「西ドイツにおける住居所有權法 成立史覺書」 青山法學 7面~8面.

11) Roma에서는 地上物은 土地에 屬하였기 때문에 階層的 所有權은 부인된다.

12) 丸山英氣; 前掲書 10面.

13) 川島一郎; 所有權法の 理論 183面.

有權을 禁止하고 있으나, 이미 慣習法上이나 都市法에 이미 存在하고 있는 것은 그 存續을 인정하게 하였다(§ 182 E. G. B. G. B). 더우기 民法施行法은 各 Land法이 이것을 허용하고 있는 경우에는 不真正階層所有權으로 인정하였다(§ 131 E. G. B. G. B)

民法典의 成立은 19C 以後 資本主義發展에 그 기초를 두고 있다. 그들은 그들 特有的 社會構成的 特質을 염두에 두었다. 市民계급의 세력이 약화되고, 이에 따라 土地所有者的 압력이 증가하고, 노동자계급의 힘이 점차로 상승하고, 國家權力이 資本主義의 발전을 조금씩 촉진하는 時期에 民法典이 成立하였다.

資本主義의 발전은 都市에의 人口集中을 가져왔고 이에 수반하여 都市의 土地問題·住宅問題가 勞動者계급들에 닥쳐왔다. 아울러 家族共同體와 촌락共同體가 붕괴되고 近代 個人主義와 融合하여 核家族으로 分解되는 結果가 되었다. 第一次世界大戰後에 戰爭의 파괴로 인한 住宅難은 더욱 박차를 加하였다. 이에 부응하여 賃借人保護法(Mieterschutzgesetz)과 같이 公法上으로도나 私法上으로도 住宅의 육성정책을 위한 立法이 制定되게 되었다.¹⁴⁾

社會現實은 住宅增加를 위하여 보다 강한 住宅에 관한 立法이 마련되지 않으면 안되었다. 새로운 立法을 위한 原因을 보면, 첫째 파괴된 都市의 再建이다. 증전의 賃借人保護法으로서는 現存하는 住宅의 法的關係에 있어서 所有權의 作用을 억제할 수는 있었으나 당시의 住宅不足의 문제는 해결할 수 없었다.¹⁵⁾ 住宅을 建築하기 위한 金融의 確保나 抵當權 設定 등은 賃借人 保護法으로서로는 충분하지 못하였다. 住居所有權法의 制定에 따라 集合建物內에 증전에 單獨으로 獨立하여 가옥을 所有하지 못한 사람도 一定居住部分을 所有할 수 있게 되었다. 파괴된 建物이나 既存의 건물에 증축이 행하여져서 區分所有가 증가하게 되었다. 둘째로 經濟政策의 일환으로 住宅建設이 행하여 졌다. 兩次世界大戰으로 인한 경기침체에 대한 회복책으로 住宅問題가 제기되고 資本主義의 경제순환은 住宅 등의 건축으로 有効需要의 환기에 하나의 要因이 되고 있음을 인식하고 있다. 住居所有權은 住居라는 商品에 염두를 두고 立法化한 것이다. 즉 土地付建物の 全體의 商品이 區分所有의 住居所有權의 형태인 個別商品으로 分離된 것이다. 세째로 中産계급의 의식을 배양하기 위하여 행하여졌다. 自己의 地位를 第三者에 양도하고 資金을 회수하기 위하여는 居住權의 物權化를 要求하게 되었다. 이와같은 社會的 原因에 의하여 1951년에 特別法이 制定되게 되었다. 이것이 1951년 3월 15일에 制定된 「住居所有權 및 繼續的 居住權에 관한 法律」(Gesetz Über das Wohnungseigentums und Dauerwohnungsrecht (Wohnungseigentumgesetz)이다. 이 法의 內容을 보면, ① 住居所有權은 住居에 있어서의 特別所有權과 그에 屬하는 共同所有物에 있어서의 共有持分이 結合된 것이다. 또 部分所有權(Teileigentum)은 住居以外에 供하는 空間의 特別所有權과 그에 屬하는 共同所有物에 있어서의 共有持分이 結合된 것이다. 部分所有權은 住居所有權에 관한 규정이 준용된다.¹⁶⁾ ② 住居所有權의 基本的 構成은 共有持分과 特別所有權의 結合에 의하고 있다. 共同物은 建物の 部分·敷地 및 施設로서 特別所有權 또는 第三者의 所有에 屬하지 않는 物이다. 特

14) 丸山英氣; 前掲書 25面.

15) Ruth Veränderungen des zivilrechts durch das Gesetz über Mietschutz und Mietseinigungsämter, 1923 ACPS, 345ff. 丸山英氣; 前掲書 25面~26面.

16) 山田晟·村上淳一編; ドイツ法講義 199面. 兩者는 모두 特別 所有權이라 한다.

別所有權은 共有持分과 一體不可分하며 共有持分과 結合하지 않으면 讓渡 및 擔保를 設定할 수 없다. 共有持분에 관한 權利는 그 소속하는 特別所有權에도 미친다. ③ 住居所有權者의 相互關係는 住居所有權法 第10條 以下에서 규정한다와 같이 住居所有者 相互의 關係에서 設定된 合意는 單純한 合意가 아니고 物的 傾向을 가진다. 즉 住居所有權者의 合意가 特別所有權의 內容으로서 登記된다면 그 特定承繼人에 대하여도 効力이 있다. ④ 住居所有權의 成立에는 두가지 方法이 있다. 其一은 建物の 共有者가 全員の 契約으로서 建物の 特定部分에 特別所有權 혹은 部分所有權을 각각 양도함에 의하여 성립한다. 其二는 建物の 單獨所有者는 登記所에 대한 意思表示로 建物を 複數의 住居所有權에 분속케 할 수 있다.

(三) 우리나라의 區分所有

區分所有權이란 一棟의 建物を 數個로 區分하여 各各 그 區分된 部分위에 가진 所有權을 말하며, 우리 民法에서는 그 制定當時부터 이를 인정하고 있다. 즉 民法 第215條에서 「數人이 한채의 建物を 區分하여 各各 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」고 규정하고 있다. 이 규정은 소위 階層所有權에 대한 프랑스民法 第664條를 모방하여 만든 日本 舊民法財産編 40條의 규정을 修正한 日本民法 第208條의 규정을 그대로 모방한 것이다.

舊民法(依用民法) 第208條는 日本式 縱斷的인 棟割建物和 함께 西洋式 橫斷的인 階層別建物에도 適用되었다. 當時의 立法者들의 意圖에는 階層的 所有權이 發生할 것을 豫想하였다.¹⁷⁾ 그러나 當時의 우리나라의 건축양식은 전통적인 木造건축이거나 토담건축이었고 鐵筋 콘크리트의 西洋式 建物は 보급되지 못하였다. 따라서 西洋式 階層的 區分所有는 적용될 여지가 없었다. 韓日合併以後, 棟割長屋의 建물이 나타나 관공서의 社宅이나 庶民階層을 對象으로 하는 賃貸用 住宅으로 使用되었다. 그리고 우리나라의 最初의 아파트인 內資아파트(종로구 內資洞)도 어디까지나 외국인을 접대하기 위한 일종의 영빈관점 호텔이지 一般住居用은 아니었다. 그 當時의 우리의 事情으로서는 舊民法 第208條는 그 適用범위가 좁았고 事實上은 死文化하였다고 볼 수 있다. 이와같은 事情이 발생된 배경에는, 첫째 우리의 건축자로서는 西洋式的 階層的 所有權이 인정되는 建物を 建립하기에 不足하였고 둘째로 自力으로서 建物を 所有할 能力이 있는 계층에는 完全한 獨立家屋을 구하지 共同住宅을 形成하여 생활하는 것을 기피하였다.

6.25動亂以後, 서울을 비롯한 諸都市의 파괴는 住宅의 복구를 요구하게 되었고, 都市에의 人口集中은 住宅의 量的증가를 가져오게 하였다. 뿐만아니라 무분별한 都市계획과 무허가 주택의 난립은 都市의 再開發 및 都市의 不然化와 都市의 立體化를 요구했다. 이에 부응한 最初의 아파트가 중앙산업이 1956년, 서울 鍾岩洞에 착공한 17명~20명아파트이다, 그리고 62년 住宅公社가 준공한 마포아파트가 공공기관에서 지은 初最의 아파트다. 이 당시 住宅事業의 하나로 생활양식을 簡素화하고, 共同生活의 습성을 기르고 도시미관을 갖추기 위하여 아파트 건설을 장려하였으나 당시 여론으로는 건기·연로비·물사정때문에 반대하였다. 그 이후 1965년 부터는 崇仁洞의 동대문 아파트·弘濟洞의 홍제아파트·부산의 염주아파트 등 소규모아파트가 세워졌고 1966년 이후 地方으로 分散되어 갔다.

17) 岡松參太郎; 註釋民法理由, 中卷 151面.

遠藤之助; 「階層的區分所有權法の系譜」 東洋法學 4卷, 2號 50面 以下.

이들 단지는 수만 가구의 메머드 아파트타운이 이루어지면서 업무·위탁 등의 시설은 안배되지 않아 아침·저녁 출·퇴시간에 러시를 이루는 거대한 「寢臺群」으로 변모하였다.¹⁸⁾

이와같은 事情下에서 集合建물이 「1980년 12月 現在 全國의 住宅 總戶數의 10.6%인 58만채에 이르고 있고 이와같은 현상은 앞으로 더 擴大될 形편이며 이에 수반하여 中·高層建物の 所有와 利用의 形態는 종래와는 달라서 한 채의 建物を 數十乃至는 數百의 區分所有와 共同利用이라는 새로운 形態로 발전하고 있음에 반하여 이러한 새로운 생활관계를 규율한 民法 및 不動產登記法등 諸규정은 심히 不備하여 區分所有權의 對象과 區分所有者 상호간의 法律關係 區分所有權과 그들의 共同利用部分 및 그 地에 대한 所有利用關係가 不明確하고 區分建물에 대한 現行登記 方法도 심히 不當할 뿐만아니라 그 敷地에 대하여는 복잡하게 등기·등록으로 인한 不合理·不便이 막심함은 물론, 이는 不動產登記의 公示制度를 根本적으로 파괴하고 있으므로 中高層建物內에서의 共同生活을 合理的으로 規律하고 그 權利關係를 間명히 公示할 수 있도록 單行法을 制定하여 一般國民에게 法的 安全성과 去來의 便益을 提供해야 한다」는 提案理由로 1982년 集合建物の 所有·管理에 관한 法律 草案이 만들어지고, 1983년 國會에서 通過될 豫定이다.¹⁹⁾ 그 內容에 대하여는 추후에 논하기로 하겠다.

(三) 區分所有의 社會的 意義

從來 民法典속의 第215條의 區分所有의 法理的 目的은 ① 立體換地 其他手段에 의한 市街地改造·再開發의 民事法規로서, ② 給與住宅(社宅등)政策無住宅者의 分讓 Apart에 관한 民事法規로서, ③ 公營住宅·公團住宅(賃貸用)政策을 유지하기 위한 住宅用地建設의 取得方式으로서의 저렴한 Apart 建設을 위한 民事法規로서 그 機能을 遂行하고 있었다.²⁰⁾ 그러나 現實적으로 民法 第215條는 그 權利關係가 不明確하기 때문에 建設業者과 區分所有者의 분쟁의 對象이 된 例가 많다. 이러한 여건하에서 區分所有制度의 社會的 意義를 여러 각도에서 논술코자 한다.

(1) 住宅不足과 集合建物

住居문제는 우리 인간생활에 중대한 분야를 이루고 있기때문에 이에 대한 法的 規制는 人間의 存續과 生活에 커다란 영향을 미친다. 住宅은 옛날이나 지금이나 그 중요성은 同一하겠지만 文明이 발달한 오늘에 와서는 한층 더 自己保存과 유지를 위하여 필요불가결하다. 오늘날 都市에서는 1960년 以後 都市의 中心部는 물론이고 郊外地의 住宅開發에까지 그 限界를 느끼고 있다. 관계당국에 의하면 전국 50개 주요도시에 있어 82~91년사이에 필요한 택지수요면적은 1억천9백만평인데 비해 공급가능면적은 2억 21백평으로 7천2백평이 남는 것으로 나타났다. 그러나 서울의 경우 44% 釜山이 77%의 不足현상이 된다고 한다.²¹⁾ 이와같이 住宅需要增大에 의한 住宅不足과 土地不足이 날로 激증하고 있다.

住宅不足原因은 첫째 戰爭이다. 戰爭은 파괴를 동반하기 때문에 住宅不足의 原因의 가장 근본적

18) 중앙일보 18824號.

19) 法務部·民法·商法 改正 特別審議委員會; 民事法改正 議案 25面.

20) 玉田弘毅; 建物區分所有法의 現代的 課題, 商事法務研究會(東京) 1981, 45面.

21) 中央日報(1983年 2月 9日字) 5364號.

22) 小沼進一; 前掲書 32面~33面.

丸山英氣; 前掲書 38面~39面.

인 敵이다. 世界 第一次大戰과 二次大戰을 통하여 건축물의 파괴 및 건축중지 등으로 住宅을 구입한다는 것은 대단히 곤란하였다. 즉 統計에 의하면 독일의 경우 戰前의 住宅數의 약 66%가 파괴되었고 프랑스의 경우 56萬채가 전소 54만채가 損害를 받았다.²³⁾ 둘째로 不動產 投資의 결여에 있다. 國民經濟의 발전에 따라 個人資本은 不動產 投資를 회피하는 경향이 있다. 不動產에의 投資는 건축비의 상승에 의하여 충분한 채산성이 없거나 不動產 讓渡稅法과 같은 억제 立法때문에 건물의 건축은 감소되었다. 뿐만 아니라 賃貸人保護法에 의하여 賃借人 保護에 역점을 두는 나머지 賃借人과 賃貸人과 불쾌감정을 유발하여 건축 건물은 감소되는 경우도 있다(賃貸借不動產의 物權化).²³⁾ 이상과 같은 原因에 의하여 住居의 需要者들은 團結하여 集合建物を 建立하지 않으면 아니되었고, 그에 따라 區劃部分(Apartment)의 讓受人이 되어야만 했다. 세계로 住居에 대한 利害關係者는 集合建物を 건설하고 各人이 그 一部를 買受함에 의하여 一定의 經濟性을 달할 수 있다. 또 人口의 都市集中으로 土地의 不足과 住宅不足이 불가피했고, 이에 따른 탈피책은 高層建物인 集合建物の 건립이 필요하게 된 것이다. 정부당국의 都市계획은 一定수준 이상의 규모로 된 建物만을 강제적으로 요구했다(아파트 團地의 指定). 이에 부응하여 都市內의 土地를 가진 者는 數人이 合하지 않으면 住居建物を 획득하기 힘들었다. 아울러 이 以外에 옥상 외곽벽 등의 共用部分에 있어서의 절약이 가능하다.

建設業者의 측면에서 볼 때, 공급자는 정부·공공단체·民間業體로 분류할 수 있다. 이 建設業者들은 경비절감을 위하여 集合建物を 요구한다. 單獨住宅과 集合建物の 築造上의 경비는 共同部分에 대한 價額·外壁 및 노임 등에서 集合建物에서 훨씬 경감될 것이다. 종합컨데 住宅의 需要者側의 입장에서나 공급자의 입장에서 불가피하게 集合建物이 선택되지 않으면 안된다.

(2) 都市의 立體化와 集合建物

集合建物の 형태는 都市와 밀접한 관계를 가지고 都市問題의 結果로 나타났다.²⁴⁾

1960년대의 서울을 비롯한 여러 都市에서 人口의 集中은 필연적으로 宅地의 不足과 住宅難을 야기시키고 都市의 中心部는 물론이고 郊外地의 住宅開發에 까지 限界를 느끼게 했다. 從來의 都市形成은 獨立住宅이 主流를 차지하고 있었으나 人口·産業의 都市에로의 集中化에 의한 地價의 상승은 都市의 近代化에 발맞추어 土地의 高度利用·立體化를 促進하는 要因이 되었다.

土地利用의 立體化라는 것은 地表에 接着되지않는 空中 및 地下에 獨立한 利用價値가 形成되는 것이다. 이때까지의 不動產法은 地表의 上·下에 미치는 수직적인 土地所有權을 大前提로 하여 構成되었으나 이제는 地表의 上面과 下面을 횡단적으로 區分한 空間水平斷層의 所有와 制用으로 變更되지 않으면 안되었다. 都市高度化가 됨에 따라 大都市에는 人口集中이 날로 격증하고 있다. 일시 유행했던 郊外地의 開發도 交通運輸機關의 限界化와 自然保護의 立場에서 “그린벨트”地域의 設定 및 都市再開發이 進行됨에 따라 차츰 정제되는 結果가 되었다.²⁵⁾ 물론 이 근처에는 원거리통근, 통학에 기인하는 노동자 市民의 病勞라는 人間性回復의 自覺과 통근비 지출로 인한 個人資本 生産資本

23) 丸山英氣; 前掲書 34面.

24) 都市問題라 하는 것은 都市에 있어서의 過渡의 人口集中·産業集中 등에 의하여 발생하는 교통문제·住宅問題·公害問題 등의 病理的 현상 또는 都市機能 喪失현상이다.

25) 篠塚昭次; 論爭民法學 3卷, 伐文堂(東京) 1977年, 189面~192面.

의 절약이라는 經濟法則이 수반한다.

都市의 高度化는 地下와 空間에 地下鐵과 上·下水道 등과 같이 諸都市施設의 발달을 가져온다. 따라서 都市地域의 土地는 立體的으로나 效率的으로 最大限으로 活用되는 結果, 그 地價도 立體的으로 환산하여 平面的으로 활용된 郊外地의 地價와 相對的으로 均衡을 유지하는 기능을 담당한다. 都市의 中心部의 土地問題는 郊외지와는 다르게 立體的 각도에서 高層 體系化할 필요가 있다. 土地利用의 立體化는 地表에서 이탈하여 地下 또는 空中에 橫的으로나 水平的으로 區分된 斷層에 固有的 利用價 值 (또는 交換價値)를 발생케 하고 水平的 斷層空間에 土地法上的 諸權利를 필요하게 되었다.²⁶⁾

이와같은 사정하에서 도시계획과 都市再開發의 측면에서 都市의 立體化를 위한 立法 등이 발생하 였다. 첫째로 都市再開發法은 그 目的에서 規定한 바와 같이 「都市의 計劃的인 재개발에 관한 필요 한 사항을 규정함으로써 재개발사업을 촉진하고 도시의 건전한 발전과 公共福利의 증진에 기여할 것 을 요구하고」(第1條) 있다. 여기서 都市의 健全한 발전이라는 것은 高層市街地化가 예정된 지역을 말 하며, 再開發事業이라 함은 저층가옥의 밀집지역에서 既存의 低層家屋을 除去하여 中·高層建物을 建 立하고 여기에 종전의 居住者를 移動시킴을 말한다.²⁷⁾ 따라서 建設부장관은 都市計劃으로 再開發事業 區域을 指定한다(第4條). 둘째로 都市計劃法은 現在의 복잡한 都市문제에 대처하기 위한 根本法으 로 制定된 것이다. 이 法은 都市區域의 綜合的인 土地利用計劃의 確立과 계획적인 개발·정비·保수를 目的으로 制定된 것이나, 都市計劃은 都市計劃區域과 그 區域안에서 도시의 건전한 발전을 도모하 고 公共의 安寧·秩序와 公共福利의 증진을 위한 土地利用·교통·후생·文化 등에 관한 계획을 말한다 (第2條). 이상과 같이 都市再開發法이나 都市計劃法은 區分所有의 集合建物促進의 法制라 하겠다.

(3) 國民生活과 集合建物

建物の 區分所有制度가 인정되는 集合建物は 오늘날 중요한 문제로 등장하고 있다. 建物區分所制 度가 제정됨에 즈음하여 유럽 기타 諸國에서는 1930년 以後 都市에 있어서의 住宅問題의 施策으 로서 各個人의 家屋所有政策의 일환으로서 制定된 것이라 할 수 있고 形式的으로는 賃貸借法에는 屬 하지는 않으나 賃貸借制度의 立法上的 不足을 補充하는 것이며 獨立家屋을 所有한 者와 借家人과 의 中間層계급의 所有意識을 만족케 하는 法制였다.²⁸⁾

우리나라의 열사람중 한명이, 서울의 경우 4명중 1명이 아파트나 연립주택에 살고있다. 많은 사 람들이 集合建物인 아파트를 선택하고 있는 이유는 무엇보다도 아파트의 편리한 住居環境때문이다. 수세식 화장실과 중앙집중난방, 도시가스·엘레베이터에 수도꼭지만 틀면 찬물과 더운물이 나오는데 다 대규모 단지일수록 교통·상하수도·청소분야등에 대한 행정배려를 더욱 기울여주기 때문이다. Apart에 문을 열고 들어가면 생활공간이 좁진 넓진간에 알뜰하게 나누어져있다. 땅도 마당도 없지 만 대신 베란다와 유리창을 통한 전망을 느낄 수 있으며, 아무래도 도둑맞을 염려도 없다. 실내구조 물은 합리적이고 과학적으로 연결되어 있으며 난방시설은 개량식온돌에서 중앙스팀식 개별온수식에 이르기까지 단독주택보다는 훨씬 우월하다. 아파트의 편리하고 안락함이 아파트 선호의 기준이 되고

26) 篠塚昭次; 「宅地開發の法學的課題」 論爭民法 第3卷, 伐文堂(東京) 1977, 84面 以下.

27) 竹内藤男; 「都市再開發法案の概要とその經過」 JURIST 414號 臨時增刊「都市再開發と住宅」 30面 以下.

28) 我妻榮; 「賃貸借法概說」, 法律時報 29卷 3號, 11面.

그 가격에 비례된다. 쾌적하고 안락한 생활을 영위하고 싶은 사람들에게는 호텔 이상으로 편리한 安家中的 安家가 存在한다. 얼마전까지 닭장 같은 아파트가 뭐가 좋으며 관리비가 高價이기 때문에 사치스러운 生活場所로 여겨졌으나 지금은 생활하기 편리한 집이라는 인식이 증대되어가고 있다. 더우기 핵가족화함으로 인하여 住宅管理와 生活上의 편리한 점이 더욱더 가산되고 있다.

다른한편 消費者問題로서 集合住宅의 문제가 등장하고 있다. 住宅에 있어서의 消費者문제는 住宅이 製品으로서의 측면에서 발생한다. 즉 産業製品으로서의 住宅이다. 住宅에 대한 表示·廣告·住宅·去來·住宅瑕疵와 擔保責任, 주택금융담보 등은 大量生産 大量販賣制의 製品의 역할을 하게 되었다. 이것은 유·일국가들의 貨貸借保護와 다르고 우리의 庶民保護를 위한 社會복지 정책과 다르다. 이것은 국민경제의 발전이라는 측면을 내포하고 있다.

四. 區分所有의 法理

(一) 法理構成上的 問題

區分所有權이란 「集合建物の 所有管理에 관한 法律」草案(以下에서 「所有管理法」) 第1條에서 「한 채의 建物中 構造上 區分된 數個의 部分이 獨立한 建物로서 使用될 수 있을 때는 그 各部分은 이 法이 定하는 바에 따라 各各 所有權의 目的으로 할 수 있다」고 규정하고 있다. 환언하면 한 채의 集合建物中 構造上 區分된 數個의 部分이 獨立한 建物로서 使用될 수 있는 專有部分에 대한 所有權을 말한다.

一般的으로 Rome法 以來 「地上物은 土地에 屬한다.」(Superficie solo Cedit) 「팻블로서 태울 수 있는 것은 動産이다.」(Was die Fackel verjehrt, ist Fahrnis) 法諺을 가진 Rome를 비롯한 歐美國家나 建物과 土地를 獨立의 不動産으로 취급하는 日本 및 우리의 경우에 法理論의 構成에 여러가지 문제점이 발생한다. 즉 貨貸地上에 區分所有建物이 存在하였을 경우 그 土地所有權者가 土地를 他人에게 讓渡하였을 때 그에 따른 法理論上的 問題이다.

第一의 問題는 集合建物은 專有部分과 共用部分으로 構成된다. 所有管理法草案에 의하면 構造上 不可分하게 結合하고 있는 한 채의 建物の 各部分을 個別所有權化하는 結果때문에 共同利用의 측면과 個別的 利用·使用의 측면의 對抗關係가 存在한다. 이 對抗關係를 어떻게 조정할 것인가에 따라 法理構成이 달라진다. 즉 所有의 一元的 組織을 취할것이나 二元的 組織을 취할 것인가에 따라 立法의 方向이 달라진다.

第二의 問題는 建物の 立體的 集約的 利用의 要請은 土地의 高度利用의 필요를 그 社會的·經濟的 背景으로 하기 때문에 土地와 建物은 相關關係속에서 合理的으로 規制되어야만 한다. 이것은 建物の 立體的·集約的 利用의 要請에서 區分所有라는 法形態下에서 더욱 特殊化 되어야 할 것이다. 뿐만 아니라, 地上物은 土地의 附屬物로 인식하는 歐美國家和 建物과 土地를 別個의 獨立不動産으로 인식하는 우리에게 여러가지 法律問題가 발생한다.

第三의 問題는 區分所有權이란 어떤 內容과 法律的 性質을 가진 것인가. 종래의 所有權이 排他的이고 絕對性이면서 即物的인 성질과 어떻게 조화하여야 할 것인가이다.

이상과 같이 여러가지 法律問題를 순차적으로 法理構成을 규명코자한다.

(二) 一元的 構成과 二元的 構成

一團一體로 형성된 한 채의 集合建物の 區分所有의 本質을 논구함에는 集團性·共同性을 原則으로 하고 建物全體를 共有로 보는 一元的 組織과 個別性을 原則으로 하고 個別分散의 建物(別個所有)을 集團化·立體化하는 二元的 構成組織으로 分離된다.

(A) 二元的 構成

集合建物の 所有關係를 理解함에 있어, 集合建物の 所有의 本質을 個別所有의 分解 및 集積現象으로 파악하는 것이다. 集合建物は 個別的 所有對象인 專有部分과 共同使用하는 共用部分으로 構成된다는 前提에서 物理적으로 一團一體로 形成하고 있는 한 채의 建物全部를 그 所有者의 共同所有에 귀속치 않고 構造上 區分된 數個의 部分이 獨立한 建物로서 使用될 수 있는 部分으로 구성하고 그 各部分을 所有權의 目的으로 할 수 있게하여 共同所有의 關係에서 脫피하려는 立法태도이다. 集合建物は 한 채의 建物中에 構造上 區分되지 않고 獨立의 建物用途에 使用될 수 없는 部分이 存在하는 限 共同所有關係가 남는다. 따라서 所有者는 專有部分의 個別所有權者임과 동시에 殘餘部分의 共有權者가 된다. 우리의 所有管理法草案 第1條는 이러한 方向을 취하고 있으며 대부분의 국가들이 이 方法에 의하고 있다.²⁹⁾

二元的 構成을 하고 있는 프랑스의 「1965년의 法」은 專有部分(Parties Privatives)과 共用部分(Parties Communes)으로 區別하고, 專有部分은 區分所有者의 專屬的 使用 所有에 屬하고(3條2項) 共用部分은 區分所有者 全員 또는 그 一部에 不分割所有에 屬한다(4條).³⁰⁾ 共用部分의 共有關係는 民法上의 共有關係와는 다르게 獨自의 分割請求는 부정되고 共有持分權을 처분할 수 없다(6條). 專有部分은 「特定の 區分所有者의 專屬的 使用에 유보된 建物 및 土地의 部分」이며(2條), 共用部分은 「區分所有者의 全員 또는 그 一部의 使用 또는 效用에 이바지하는 建物 및 土地部分」이다(3條). 建物の 客觀的 構造에서 區別하지 않고 「使用」의 개념을 중심으로하여 專有部分과 共用部分을 區別하고 있다. 實際上으로는 共用部分과 專有部分의 범위는 규약으로 상세히 規定되어 있으며 규약은 任意 規定이기 때문에 自由로 共用部分의 범위를 축소 또는 擴大할 수 있다.³¹⁾

독일의 경우에 있어서도 集合建物の 住居所有權을 「共同所有權에 대한 共有持分(Gemeinschaftlichen Eigentum)과 함께 住宅에 대한 特別所有權이다」(1條2項)라고 規定하고 있다. 이것은 土地의 共有持分權과 그 土地위에 建립되었거나 또는 장차 建립될 建物の 一部인 住居上의 特別所有權(Sondereigentum)과의 包括概念이다. 그러므로 住居所有者는 土地所有者와 함께 共有者가 된다. 特別所有權의 客體는 第3條1項에 따라 特定한 室 및 이러한 室에 속하는 것으로서 變更·除去 또는 結合될 수 있는 建築物의 構成部分을 말한다(5條). 特別所有權의 對象이 될 수 없는 것은 住宅所有者의 共同使用에 利用되는 것으로서, 建築物의 存續 또는 安全에 필요한 建築物의 一部 및 附屬物과 設備物은 特別所有權의 室의 범위내에 있다하더라도 特別所有權의 客體가 되지 않는다(5條 2項)고 規定하여 二元的 構成을 취하고 있다.

29) 歐美國家들인 프랑스 독일 등에서 이러한 法理論을 취하고 있다.

30) 吉田克己; 「フランスの區分所有權法」, 法律報 53卷 11號 44面.

31) 吉田克己; 前掲書 43面.

이와같이 區分所有權法이 「區分所有權의 目的」으로서 규정하는 建物部分은 領域限定을 위한 觀念上的 概念이지 物理的 意味에서의 目的物을 特定化한 것은 아니다. 法律的으로 말하면 「部分」의 인정은 專有部分과 共用部分의 法定的 區分에 관한 해석문제에 불과하고 規約上으로 具體적으로 명확히 할 뿐이다. 요컨대 區分所有權法上的 「部分」의 觀念은 構造上, 利用上的 性質決定의 기초에 그치고 物理的 意味에서의 귀속결정은 相對적으로 別個人 것이다. 集合建物の 區分所有權法上的 專有部分인가 共用部分인가의 決定基準은 實際로는 規約의 合意에 의하여 相對적이고 個別的으로 決定하고 構造上이나 利用上的 어떠한 位置에 있는가에 따라 決定되는 것은 아니다(佛區分法3條). 一般的으로 規約의 規定이 없다면 그 物의 變更을 個別的인 自由에 委任하는 것이 타당한가의 如否와 그 物의 維持修繕을 포함하는 管理의 費用을 個別的으로 負擔하는가의 如否에 대하여 충분히 고려하여 決定한다.³²⁾ 따라서 專有部分의 決定이 費用負擔과 變更權限에 의하여 限定되고 보면 即物的인 關係의 支配를 떠난 空間의 支配權으로 變하여 가고 있다.³³⁾

(B) 一元的 構成

集合建物の 所有關係를 理解함에 있어, 集合建物の 全體에 대하여 所有의 次元에서 一元的 構成 즉 共同所有로 파악하는 것이다. 物理적으로 一團一體를 形成하고 있는 集合建物(유·립에서는 土地=建物)은 專有部分을 除外하지 않고 그 全體가 全區分所權者의 共同所有에 屬하고 共有持分으로 各者에게 귀속케 하는 것이다. 各共有者에게는 相互合意에 의하여 特定の 部分(特定空間)에 있어서의 專屬的 使用權을 인정하고 私의 生活領域의 支配權을 보장하고 있다. 이 專屬的 使用權은 建物全體의 共有持分과 不可分하고 所有權에 의한 使用權의 性格을 갖는다.³⁴⁾ 立法例로는 1924년의 벨기에 法이 있고, 1963년 12월 19일에 制定된 「스위스」法이 있다. 「스위스」民法 第四編 物權法의 區分所有에 관한 규정을 보면 「區分所有權은 共有持分이며 이 持分에 의하여 共有者는 建物の 一定部分을 排他的으로 用益하고 内部施設을 할 수 있는 專用權(Sonderrecht)을 가진다」 또 그 第2項에 「區分所有權者는 자유로이 所有空間을 管理·用益·施設할 수 있다. 그러나 다른 區分所權者의 權利行使를 방해하거나 建物の 共用部分 共同施設을 어떠한 方法으로든지 손상시키거나 또 그 機能 및 外觀을 침해할 수 없다」고 규정한 바와 같이 建物全體로 共同所有로 보고 그 法理構成을 一元的으로 파악하고 있다.

二元的 構成을 하고 있는 프랑스의 1965년의 區分所有權法은 土地=建物を 數個로 區分하고, 各 區分(lots)들은 專有部分의 專屬的 使用權과 共用部分의 不分割 共同持分에 의하여 構成시키는 方向을 채택했다. 이와 같은 구성을 볼때 專有部分인 區分所有權에 이미 共用部分의 共用持分權이 포함되고 있다. 이것은 土地=建物全體를 $1/n$ 의 비율로 표시한 複合的 構成部分이 될 것이다. 이것은 事實上是 根本적으로 一元的 構成인 共同所有로 변한 것이다. 階層的 所有權(Stockwerkeigentum, Propriété détagée)라는 명칭은 所有權이라 할지라도 그 內容은 利用·管理에 관한 專屬的 使用에 不過하다. 이 專屬的 權利가 土地=建物全體의 共有持分과 不可分으로 結合되어 各個人에 屬한다.

32) 稻本洋之助; 「集合住宅の法理」, 法律時報 53卷, 11號, 9面.

33) 이러한 현상을 일반적으로 區分所有權의 내재적 모순이라 하겠다.

34) 「高層住宅の住まい方」, 日本高層住宅協會(東京), 1980, 2面.

이것은 어떤 의미에서 귀속은 共同所有이나 그 使用에 있어서는 專屬的인 私的私有的 觀念을 인정하는 結果가 된다. 이러한 현상은 형식적으로는 二元的 構成이나 實質적으로는 一元的 構成으로 變化된 것이다.³⁵⁾

集合建物を 共同所有로 高찰하고 그 使用에 專屬性을 인정하는 一元的 構成에서는 專屬的 使用權이 空間의 支配權에 不過하기 때문에 即物的 關係와는 거리가 멀다. 그리고 專用使用權은 賃借權이나 使用賃借權을 설정하여 똑같은 機能을 할 수 있으나 共用部分의 종류에 따라서는 相當한 期間동안 排他的·獨占的으로 利用함이 타당하고 또 物權的인 權利로서 設定함도 現實的으로 不必要하지 않기 때문이다.

(C) 一元說과 二元說의 비판

集合建物の 法理構成에 一元說과 二元說의 채택여하에 따라 法條文上의 規制에 몇가지 差異點을 알 수 있다.

첫째 集合建物の 二元的 法理構成에는 專有部分에 대한 所有權(區分所有權)과 共用部分의 共有持分과 法律構成을 필요함에 反하여 一元的 構成에는 專有部分과 共用部分의 法律關係의 規定은 필요없고 共有者相互間의 合意에 의하여 專屬的 使用의 범위와 行使態樣을 決定하고 共有持分이 特定承繼人에 대하여 그 効力이 미치면 足하다. 즉, 二元的 法理構成에는 私의 生活領域의 專屬性을 所有權의 次元에서 確立하는 데 反하여 一元的 法理構成에서는 使用의 次元에서 確立함에 있다. 二元說을 취하고 있는 立法例는 區分所有權은 法文上의 定義대로 物的으로 區分된 建物部分에 대한 個別所有權으로 確立하고 觀念上 共同所有權과 區別하고 있다. 一元說을 취하고 있는 스위스의 民法第712條 a에 依하면 「區分所有權 (Stockwerkeigentum)은 不動產의 共有持分이며 이 持分에 의하여 共有者는 建物の 一定部分을 排他的으로 用益하고 内部施設을 할 수 있는 專用權」이라고 規定한 바와 같이 使用의 次元에서 立法化한 것이다.³⁶⁾

둘째로 二元說에 의하면 權利目的인 集合建物全體가 2개의 部分으로 分離되기 때문에 共用部分과 專有部分의 物的存在가 確認되고 特定되어야 한다. 즉 所有權은 이 限度內에서 即物的 權利로서 區劃되어진다. 이것에 대하여 一元說에 의하면 權利目的인 建物全體가 所有의 次元에서 區分되지 않고 使用의 次元에서 確立하기때문에 即物的 存在는 論理的으로 필요한 것은 아니다. 오직 專有部分인 區分所有部分은 特定の 空間에 不過할 것이다. 따라서 이 空間과 特別의 關係를 가지는 特定の 物的 要素는 그 變更의 自由와 費用負擔의 觀點에서 共用的 共有物과 分離되고 空間의 使用權에 부속되는 專屬的 權利의 目的이 됨에 不過하다.

二元說에 의한 領域區分의 基準에는 一般的으로 法律이나 規約에 의하여 設定하고 있다(所有管理法草案 第一條).³⁷⁾ 그러나 實際上으로는 領域區分의 基準으로 一般的으로 規約에 定하고, 만약 規約의 정함이 없을 때는 費用負擔이나 變更의 自由의 觀點에서 個別的으로 例示하고, 專有部分의 具

35) 上中長久; 「規約의 濫用的條項 آپルトマン의 區分的共同所有規約」, 明示大學短期大學紀要, 28號, 17面 以下.

36) 법제처; 「各國의 住宅所有權法」, 法制資料 第100輯, 301面.

37) 二元說을 취하는 立法들은 法律上으로 또는 觀念上으로 해석의 기준으로 삼는다.

體的 범위는 共用部分으로 例示된 것을 除外한 部分이라 하겠다.³⁸⁾

우리의 「集合建物の 所有·管理에 관한 法律」草案이 最近에 制定되었음에도 불구하고 그 法理構成을 二元說을 채택하였다는 것은 時代的으로나 立法의 推移上으로 集合建物에서 派生하는 여러가지 法律問題를 해결하는 데 발전된 立法이라 할 수 없다. 오늘날 集合住宅의 法理構成에 二元說을 취하였다 할지라도 共同所有의 형태는 점차로 擴大되어가는 傾向이 있다. 즉 一元說을 취하는 立場이 現實的으로나 實際的으로 行使되고 있다. 그 理由를 들어보면 다음과 같다.

其一로 法定共用部分의 擴大現象이다. 集合建物の 所有·管理法 第3條에 例示的으로 열거한 바에 의하면 共用部分을 複道·階段을 비롯하여 出入口 에레베타室 屋上등과 建物の 安全 및 外觀을 유지하기 위하여 필요한 支柱·外壁 其他 共作物 등은 法定共用部分임은 틀림없다.³⁹⁾ 이 共用部分은 法定共用部分과 規約共用部分으로 나뉘고 그 범위가 擴大되어 가는 傾向이 있다. 日本의 경우 區分所有權法이 制定된 以後 문제되었던 것은 專用部分相互間의 境界壁이다. 이 境界壁이 어디까지 共用部分이고 專有部分이나의 決定基準에 대하여 여러가지 學설이 存在하였으나 中央部分은 共用部分이고 表面은 專有部分으로 취급했다.⁴⁰⁾ 이것은 所有權의 귀속자체에 있는 것이 아니고 區分所有權者의 個別意思에 의하여 自由로운 變更權이 存在하느냐의 如否에 따라 決定하였다. Balcony도 法律制定當時에는 특별히 문제는 없었고 오히려 住居의 연장 혹은 附屬物로서 그 所有者의 排他的 利用에 제공되고 他의 區分所有權者의 접근·사용이 不可能한 專有部分이었으나 차차 組合이 管理하는 共有物로 變하였다.⁴¹⁾ 이와같은 현상은 區分所有權法의 制定以後의 時代의 變遷으로 專有部分의 축소로 인한 共用部分의 擴大의 結果가 되었고 所有權의 측면에서 集合建物이 共同所有의 移行을 例證하는 것이 된다. 또 最近 專有部分에서 規約慣行上으로 共用部分으로 되는 것에는 外觀 統一上의 필요에서 規定되는 것이 많다.⁴²⁾

프랑스에서는 土地=建物を 數個의 區分(lots)으로 분할하고 그 全體의 1/n의 비율로 表示한다. 이 部分(lots)은 複合的 構成의 部分으로 Copropriété라고 하는데 이 개념에는 共同所有의 개념이 포함되어 있다.⁴³⁾

其二로 專用使用權의 共有擴大이다. 專用使用權이란 特定の 區分所有者 또는 第三者가 建物の 共用部分 共用施設·共用數地를 一定한 目的에 따라 배타적 독점적으로 사용하는 權利이다. 이 權利는 그 目的과 內容에 따라 物權的인 것도 있고 債權的인 것도 存在한다. 專屬的 使用權의 客體는 共有物이나 專有物이나 不門한다. 專屬的 使用를 共用部分 또는 共有物로 해야하는 理由는 性質上 個別的 所有權에 부적합하거나 (예, 옥외 주차장)受益의 均分(使用料 收入의 共益費에 充當)을 위하여 共同所有로 하는 경우가 많다. 專用使用權이 使用料의 형태를 取하면 專有部分과는 거리가 멀고, 分價額에의 加算=일시불의 형태를 取하면 專有部分=空間的 支配權의 관념과 같은 結果가 된다.

其三으로 「專有部分」이라는 概念은 便宜的이고 技術的인 것이다. 集合建物에 專有部分과 共用部

38) 鄭權燮; 「集合住宅의 法的研究」, 法學研究 通권 30號, 부산대학교 법학연구소, 101面.

39) 川島武宜編; 註釋民法(7), 有斐閣(東京), 1961, 367面.

40) 我妻榮編著; 判例 콘メンタル 物權法, 日本評論社, 249面.

41) 稻本洋之; 「區分所有權」, 「實務法大系 1 マンション建賣·住宅」, 青林書院(東京), 1975, 183面 以下.

42) 稻本洋之; 「集住宅의 法理」, 法律時報 53卷, 11號, 13面.

43) 稻本洋之; 前掲書 11面.

分으로 構成하는 것은 편의적이고 기술적인 것이지 事物의 成否에 관계되는 本質的 문제는 아니다. 말하자면 原則적으로 법인식상의 共同所有의 一元論이라 하더라도 私的 集合關係의 법적처리의 기술로서 二元的 構成을 한 것이다. 즉 ① 專屬의 使用에 委任한 것으로서 物質的 更新을 필요로 하는 것에 更新의 自由를 인정하고 그 費用을 個別的으로 負擔하기 위하여 專有部分과 共用部分으로 區別한 것이다. ② 共用物에 대한 對價關係(전속적 사용)를 一括하여 간이하게 결제하기 위하여 專有部分=個別所有로 한 것이다. (예 등기된 참고), ③ 專屬의 使用權을 共同所有者간의 합의에 의하여 債權的 權利로 하지 않고 共同所有權에 의한 그 共有持分과 不可分의 關係를 형성하기 위하여 物權的 權利로서 公示를 가능케 하기 위한 것이다. 二元說을 취하고 있는 프랑스의 경우에 共用部分과 專有部分으로 區別하고 共用部分에는 物體 및 權利를 規約으로 個別的으로 例示하고 있다. 프랑스의 規約書式에 의하면⁴⁴⁾ 共用部分을 例示하고 專有部分은 場所 및 空間으로서 物自體가 아니고 變更의 自由 또는 費用負擔의 觀點에서 전유부분으로 하고 있다. 이상과 같이 전유부분과 共用部分은 所有의 次元에서 二元說을 取하고 이것은 편의적이고 기술적임이 확인될 수 있다.

종합적으로 분석컨데 集合建物の 區分所有의 法的構成형태는 共同所有를 基반으로 하는 一元說로 변모되는 傾向이 있다. 二元說을 취하고 있는 「프랑스」를 비롯한 日本의 경우, 판례법적으로나 立法的으로 專有部分의 장소가 축소되고 共用部分의 法的 特定이 擴大되어 가는 傾向이 있다. 이러한 시대적 배경하에 있는 현실에서 우리의 「集合建物の 所有管理에 관한 法律」草案이 취하는 二元說은 타당한 立法이라 할 수 없다. 더우기 오늘날 集合建物の 管理에 관한 문제가 중요시되는 만큼, 區分所有意識의 客體에 대한 觀念을 시정하는 積極的 意味를 가져야 할 것이다. 뿐만아니라 所有意識에 충만한 우리의 生活觀念으로는 Apart의 투자가열현상은 더욱 심한 結果를 招來할 것이다. 資產의 증식 所有權의 증가에서 所有慾은 팽대할 것이며 共用部分 및 共有物의 管理에 관한 區分所有權者의 관심은 消極的이 될 것이다. 또 우리의 草案自體가 規約自治主義=放任主義를 취하고 있으므로 共用物이나 專有部分이 똑같이 私的 財產이며 그 維持改良 등에 대하여 區分所有權者의 자발적 의사와 責任에 일임되어 있다. 따라서 區分所有權者들은 專有部分에 대한 管理에 국한되고 그 資產的 價値의 등락에만 集中되기 때문에 共同의 事業을 私的 費用負擔으로 적극적으로 행하여야 하는 의식이 결여되어 있다. 이 結果 集合住宅全體의 居住性能·條件의 維持改善이 전유부분에 직결되고 단독의 資產的 價値에 상승에 이바지하기 위하여 共同所有로 하는 一元說이 타당할 것이다.

(三) 集合建物の 共用部分에 대한 法理

近代民法의 原理에 의하면 區分所有制度는 法律的으로 社會現實의으로 그렇게 큰 비중을 가진 것은 아니었다. 兩次大戰後 「都市의 再開發」 都市의 「立體的 構築」이 현실적으로 급박하게 등장함에 따라 이에 적응한 區分所有法理는 크게 발전되어야 했다. 종래의 우리의 民法은 建물이 土地와 別個獨立의 不動產으로 취급되었기에 民法上의 共有규정으로 建物の 共同所有의 규제에 별다른 지장이 없었다. 그러나 現實의 區分所有制度는 專有部分 共用部分의 共有持分·敷地의 權利등 3要素를 한 범주에서 고려해야 할 특수성이 存在하게 되었다.

44) 區分所有規約(règlement de copropriété)의 書式에 있어서는 파리의 Répertoire du Notariat Défrenois 社가 많은 모형을 발표했으나 가장 중요한 것이 2915號이다.

(A) 共用部分에 대한 所有權者의 關係

區分所有關係에서는 專有部分과 共用部分으로 分離하고 兩者의 必要的 併存 및 所有權의 不可分性이 그 基本을 이루고 있다. 區分所有權者는 自己에 屬하는 專有部分을 所有權의 客體로 삼고 그 所有權 自體에는 독립住宅의 所有權과 같이 讓渡·擔保權의 目的物이 될 수 있다. 所有權의 侵害行爲에 대하여 物權的 請求權도 行使할 수 있다. 이것에 대하여 共用部分에 대하여는 共有持分을 專有部分과 分離하여 처분할 수 없고(所有管理法 12條), 共有持分 分割請求權이 否定되고 있다. 이러한 점에서 民法上的 共有規定(民262條)과 차이점이 있고 民法의 規定은 區分所有에 적용될 여지가 없다. 이러한 점에서 區分所有에 관한 共用部分의 共用關係를 合有로 인정하고 있다.⁴⁵⁾

「集合建物の 所有管理에 관한 法律」草案에 의하면 同法 9條1項은 「區分所有者가 建物の 保存 및 管理·使用에 관하여 共同의 利益에 反하는 行위를 할 수 없다」고 規定하고 同法 第22條 및 30條에서 建物 敷地·其他의 管理·使用에 관한 規的·集會 등에서 區分所有者의 團體性이 강한 共同關係가 成立하는 것을 예정하고 있다. 都市의 商業店舖의 集合建物이나 中·高層 Apart등의 區分所有에는 區分所有者간에 共同事業의 經營과 團體社會를 形成한다는 目的에서 主體的 合手的 共同共關(合有)가 성립하는 경우도 적지않다. 다른한편 民法의 組合(民703條)으로서 규제해야 할 共同關係가 성립하는 경우도 적지않다.⁴⁶⁾ 즉 二層의 建物로서 縱型으로 區分된 集合住宅에는 境界壁을 共同하는 경우를 除外하고는 獨立住宅과 다름이 없다. 그리고 中·高層建物の Apart등의 橫的集合建物の 共用部分등의 法理와는 根本적으로 다름을 인식할 수 있다. 그런데 이상의 어느 것을 막론하고 區分所有權法은 同一하게 規制하고 있다. 現實적으로 區分所有에는 여러가지 종류가 있고, 區分 所有者간의 共同關係에도 그 強·弱이 있기 때문에 일률적으로 共用部分의 法的 性質을 合有로 생각하기에는 거리가 멀다 共用部分에 있어서의 共有持分은 專有部分의 常用에 제공되는 從物的 存在이며 區分所有權의 成立·存續에 필요한 前提條件이 됨으로 共用部分을 專有部分과 無관계하게 論理構成은 存在할 수 없다. 共用部分의 「共有」의 特色은 集合建物에서 가지는 構造上 機能上的 地位·役割에서 유래한 것이지 區分所有者간의 主體的 共同關係에서 유래된 것은 아니다. 區分所有의 法律關係는 단순한 孤立的 物權의 併立關係라기보다는 오히려 어느 편을 根本으로 하는 많은 權利義務로 포섭하는 계속적 共同關係이다. 이 共同關係는 여러가지 強弱이 存在하므로 專有部分의 使用·收益·處分에 관한 區分所有者의 상호관계도 여러가지로 해석·적용해야 할 것이다. 즉 所有管理法 第9條의 共同利益이라는 개념에는 建物の 管理에 限定하였다고 할 수 있으나 보다 넓게 해석하여 區分所有權者의 共同關係의 정도 內容에 따라 달라질 것이며 일률적으로 하나의 法理에 의하여 적용할 수 없다.

(B) 共同關係의 法的性質

區分所有者 상호의 관계에 대한 「所有管理法」의 規定을 보면, ① 專有部分의 所有權은 그 行使(사용·수익·처분)가 共同利益에 依하여 制約·拘束되며(同法9條), ② 共用部分은 區分所有者의 共有에 屬하고(4條) 區分所有權들은 共用部分을 그 用途에 따라 使用할 수 있고(11條) 共用部分의 管理는 共同으로 行使하지 않으면 않된다(13條14條). 그리고 共有持分の 처분이 制限되고 共有物分割請求權이 否定된다.(12條), ③ 建物 敷地·附屬施設의 管理·使用에 관한 區分所有者 상호간의 사

45) 合有理論을 도입을 일반적으로 인정하고 있다.

46) 玉田弘毅; 前掲書, 69面.

항에 있어서 區分所有者 全員の 書面에 의한 合意로 기초로 한 規約을 設定할 수 있고(22條, 23條, 25條) 이 規約에는 區分所有者의 承繼人에 대하여 拘束하는 効力(一種의 規範的·効力)이 있다(第 24條). ④ 建物·敷地등의 管理에 관하여 需要가 있으면 하더라도 區分所有權者集會를 소집하여 決議할 수 있고(26條), ⑤ 管理人을 선임하고 建物·敷地등의 管理를 委托할 수 있다(18條, 22條). ⑥ 區分所有者는 規約으로서 共用部分을 管理의 편의상 特定の 區分所有權者 또는 管理者의 所有로 할 수 있는 것 (15條, 20條, 21條)등이 있다.

이상과 같은 共同關係가 成立한 데에 대한 그 法律的 性質을 파악할 需要가 있다. 이 共同關係의 法的性質에 대하여 區分所有者 상호간의 關係를 統一的으로 파악하는 方法과⁴⁷⁾ 區分所有者의 상호간의 關係가 다양성이 없기때문에 統一的으로 파악할 수 없다는 說⁴⁸⁾로 나눌 수 있다.

「所有管理法」第10條에 의하면 共用部分의 共有에는 同法 11條 내지 15條 및 17條의 規定이 準용된다. 따라서 民法上的 共有規定은 적용되지 않는다. 즉 共有持分의 처분의 자유가 制限되고 共有物分割請求권이 否定되는 점이다. 이러한 점을 감안하여 앞에서 논한 바와 같이 共用部分의 法的性質은 民法上的 共有가 아니고 合有라고 해석한다.⁴⁹⁾ 建物の 區分所有와 共有는 全然 그 性質이 다른 것이 아니고, 集合建物에 있어서의 所有면에서는 같다. 共同所有라는 점에서 同一하다. 그러므로 區分所有에서 共有로, 共有에서 區分所有로 相互移行的인 것이다. 오히려 區分所有의 建物이라는 것은 실제로 共有建物の 現物分割이라 하여도 좋을 것이다. 그러므로 集合建物の 共用部分의 法的性質은 共有의 制限이라 생각된다. 한 채의 建物を 區分所有하는 경우의 共用部分의 共有는 區分되지 않은 集合建物の 共有와는 그 法的性質이 틀리지 않고 다만 適用法條가 다름에 不過하다. 그렇다면 어떻게 하여 區分所有權法上的 共用部分에 대한 特殊性있는 規定(所有管理法, 條6條)이 생기게 되었는가. 이것은 集合建物の 특수성에서 專有部分의 存在를 위한 共用部分이 存在하므로 이것은 不可分하며 이에 대한 共有는 共用部分의 屬性에서 派生된 것이다. 따라서 共用部分의 共有가 暫定的 經過的인 것이 아니고 恒常的 繼續的인 性格을 갖는다.⁵⁰⁾ 다른 한편 集合建物の 共用部分의 法的性質은 合有의 것도 있고(集合建物の 商店)民法上的 單純한 相隣關係의 共同關係로 파악하는 경우도 있다(縱的 집합건물) 결론적으로 말하면 區分所有者의 共同關係가 多樣하기 때문에 共用部分의 「共有」의 法的性質도 다르게 규정해야 할 것이다.

(四) 區分所有權(專有部分)에 대한 法理.

Rome法 以來 建物は 獨立의 不動産으로 인정하지 않았다. 독일 民法 93條에도 物의 一部에 權利를 設定함은 近代民法原理인 一物一權主義에 違反된 다하여 土地의 構成部分으로 하였다. 그러나 앞에서 고찰한바와 같이 그 나라의 特殊性에 입각하여 階層的所有權과⁵¹⁾같이 建物の 區分所有를 인정하는 特別法이 各國에서 制定되게 되었다. 특히 1951년에 制定된 독일의 區分所有權法을 둘러싼 학자들의 論爭이 심화되고 있다. 따라서 독일의 학자들에 의한 區分所有權의 基本的 法理構成에 대한

47) 吉野野衛; 「建物の區分所有に關する 法律·解説(3·完) 財政經濟弘報 940號 4面.

48) 民商法雜誌 46卷, 「建物の區分所有 等に關する法律」, 4卷 2號, 63面~65面.

49) 米川博; 物權法, 有斐閣(東京), 1970, 380面 참조.

50) 玉田弘毅; 前掲書, 82面.

논쟁을 검토하여 우리의 法理構成을 밝히는 데 있다.

독일에 있어서의 區分所有權(Wohnungseigentum)은 「共同所有에 대한 共有持分과 함께 住宅에 대한 特別所有權」(第1條 2項) 이므로 土地의 共有者의 持分權과 特定한 住宅에 대한 또는 土地위에 建立되었거나 또는 建立될 建築物中에 特定한 非居住用室에 대한 特別所有權과의(Sondereigentum) 포섭개념이다.⁵¹⁾

이상과 같이 住居所有權의 特殊한 法的 性質에서 그 本質에 대한 견해는 여러가지이다. 即 ① 最初로 住居所有權의 性格을 고찰한 것은 G. Wesenberg 였다. 그는 住居所有權法 18條의 義務違反이 행하여진 데 대하여 他的 住居所有權者에의 讓渡請求(剝奪訴訟)와 同條의 住居所有權의 讓渡에 대하여 他的 住居所有權者의 同意를 要하는 協定을 할 수 있다는 2個의 規定과 1920년 帝國產地法과 비교하여 住居所有權은 독일 民法 903條의 完全所有權이라 할 수 없고 오직 住居所有權者에 下級所有權이 있고 共同權利者에 上級所有權이 있다고 한다.⁵²⁾ ② Dulkeit 는 共有에 從屬되고 있는 特別所有權은 실제로는 完全所有權이 아니고 그 內容에 있어서 所有權 類似의 權利로서 그 범위에서는 全住居所有權者의 共有로 되어 있는 全部의 物에 대한 制限物權이라고 한다.⁵³⁾ ③ Paulick는 住居所有權은 自己의 特別所有權에 의하여 강하고 他人의 特別所有權에 의하여 量的으로 약한 共有이다. 또 民法 903條에 대응하는 住居所有權法 第13條가 그 法 또는 第三者의 權利에 反하지 않는 限 特別所有權이 成立하는 建物의 部分을 自由로이 처분할 수 있고 유효하게 독점할 수 있다는 점에서 法은 住居所有權者에게 單獨所有權者와 同一한 法的 地位를 인정하고 制限物權은 아니라고 한다. 또 住居所有權에서 생기는 拘束을 밀접한 공간적 상린관계로 보고 있다.⁵⁴⁾ ④ Weinauer 住居所有權者에 拘束을 하는 法共同의 存在는 法自體이다. 住居所有權者간의 債務法的 規制에 관하여도 持分共同(民法 741條以下)을 기초로 구성한다. 持分共同도 그 內容은 不變이 아니고 부여된 상황하에서 個別적으로 바뀔 가능성이 있다. 住居所有權法 第11條는 共同의 廢止를 규정하고 있으나 이것은 階層的 所有權을 보장하고 있는 독일민법施行令 第131條에 의한 共同保障과 똑같은 것이며 合有的 結合의 結果는 아니다.⁵⁵⁾ ⑤ Börner에 의하면 住居所有權이라는 法的 形成物은 獨自로 垂直的 水平的으로 規定된 土地에 유사한 不動産이며 土地의 共有持分은 이의 本質的 構成部分으로 形成된다. 즉 特別所有權은 主된 權利로 前面에 내세우고 共有는 그 本質的 構成部分으로 하고 있는 점이다. 또 特別所有權은 獨自의 物을 對象으로 하는 權利로서 構成하기 때문에 그 對象과 限界를 수직 수평의 어느 것에 法理論上의 理由에서 규정하는 것이 아니고 實際의 法政策的 고려에서 규정한다. 즉 立法者는 土地 및 建物의 境界의 確定에 있어서 目的에 적합해야 한다고 한다.⁵⁶⁾ ⑥ Bärman에 의하면 住居所有

51) 독일 住居所有權法, 第1條 2項.

52) G. Wesenberg, Der Inhalt des Wohnungseigentums. DRiz(1951) s. 123ff.

53) G. Dulkeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, . Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 158/159 s. 73. ff.

54) H. Paulick; zur Dogmatik des Wohnungseigentums, ACP 152. 5Heft. S, 420ff.

55) Weitnauer-Wirts, Wohnungseigentumsgesetz Kommentar, 5 Anfl, S.29ff55.

56) B.Börner; Das Wohnungseigentum und der Sachbegriff des bürgerlichen Rechts, in Festschrift für Dölle, S. 201ff.

57) J. Bärman, Wohnungseigentumsgesetz Kommentar. 2 Aufl, S.100ff, Dogmatik des gemeinen Raumeigentums, ACP 155, S.154ff.

權은 3개의 要素로 形成된다고 한다. 즉 共有持分·特別所有權·住居所有權者의 共同에서 發生하는 構成員權이다. 前 2者는 순수한 物權의 要素이며 後者는 物權化한 共同에서 나온 構成員權이다. 이 3개념이 三位一體化됨이 Bärman 理論의 특징이다. 住居所有權은 單獨所有權과 共有의 併存이다. 그 法的性質은 持分共同과 合有의 化合物로 構成한다. 住居所有權者의 상호관계는 物權法관계 및 人法的關係에서 구성된다고 한다. 이 人法關係는 持分共同 및 合有에서 發生한 것이라고는 할 수 없기에 獨立的으로 物權化된 構成員權에서 表出되지 않을 수 없다.⁵⁸⁾

이상에서 Wesenberg는 住居所有權이 民法 903條의 單純한 所有權이 아님을 인식케 하였고, Dulkeit는 共有가 住居所有權의 基本이며 特別所有權은 그 場所를 제공함에 不過하다고 하였다. Paulick는 住居所有權者의 共同에 相隣法的 規制만이 아니고 보다 높은 法倫理的 統一性이 要求됨을 인식케 하였다. Börner는 特別所有權을 前面에 내세우고 그 共有가 本質的 構成部分이라고 하였다. Bärman은 比較法的 측면에서 住居所有權을 추출하고 있다. 이와같이 住居所有權의 特殊한 性質에서 그 本質을 2개의 견해로 압축할 수 있다.

其一은 土地 및 建物全體에 있어서의 住居所有權者 全員の 共有가 成立하고 다만 共有者는 共有物全體의 利用權을 가진다고 한다. 이것에 의하면 住居所有權者가 土地에 대한 共有持分の 特別의 一部로서 住居 專用權을 가진다는 점에 착안하여 住居所有權의 法的性質은 共有의 變種이라고 생각한다. 其二는 住居위의 特別所有權은 民法의 所有權과 同一하게 취급하고 다만 土地 또는 建物の 共有部分에 대한 共有持分과 分離하여서는 처분할 수 없다는 內容上的 拘束에 不過하다고 한다.

생각컨대 區分所有權은 2次大戰以後의 住宅不足과 國民所得의 증가에 따라 國民生活의 發展에 의한 경비절감과 쾌적한 生活의 目的으로 集合住宅이 건립되는 경우가 많다. 一般的으로 集合建物에 있어서는 區分所有權의 構成은 土地와 建物を 一體化하지 않으면 안된다. 이 경우 專用部分에 대한 區分所有權과 共有部分에 대한 共有持分權은 主從關係를 形成할 것이 아니라 對等的 關係에서 形成되어야 할 것이다. 그리고 Börner에 의한 目的論的(政策的)境界設定과 같이 專有部分에 대하여 即物的 權利形成을 그 內容으로 하지 말고 소위 空間에 대한 所有權을 物權法上 인정함이 타당하다고 생각된다.

結 論

近代民法의 所有權法制下에서는 一物一權主義를 原則으로 하고 物의 一部나 構成部分에 獨立한 所有權을 否定한다. 앞에서 논한 바와 같이 社會·現實의 要請에 의하여 필연적으로 區分所有가 發生하지 않을 수 없고 이에 부응하여 이를 규율하는 法的규범의 確立이 최대의 關心事가 됨은 당연한 結果이다. 따라서 各國의 立法은 建物에 대한 區分所有를 인정하고 보다 合理的인 法理論에 의한 特別法의 制定을 서두르고 있다. 이에 순응한 것이 集合建物の 所有·管理에 관한 法律 草案이다. 그러나 이 特別法은 民法의 一般理論에 대하여 特殊性이 있기 때문에 그 法理論의 構成이 대단히 重要하다.

集合建物の 法理構成에 所有의 측면에서 一元的 構成과 二元的 構成의 立法例로 分割된다. 우리

58) J. Schulze-Osterloh, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, S.154ff.

의 草案은 二元的 構成을 채택하고 있다. 그러나 草案의 制定理由에서 밝힌 바와 같이 「集合建物內의 共同生活을 合理的으로 規律하고 그 權利關係를 간명히 公示하도록 單行法을 制定하여 一般國民에게 法的 安全性和 去來의 便益을 提供」해야 한다는 취지로 보아 所有의 측면에서 法的 規制보다는 管理의 측면을 더 중요시한 만큼 集合建物の 法理構成을 一元的인 構成인 共同所有로 함이 타당할 것이다. 이것은 共同的 事業을 私的인 費用負擔으로서 積極的으로 해야 한다는 意識을 주입시키고, 交換價値에 중점을 두고 買換物로서의 資产的 價値에만 集中한 나머지 아파트투기 등의 社會문제의 유발을 制約하는 方편으로 될 것이다.

共用部分의 法的性質에 대하여는 民法의 共有규정과는 그 性質이 다르다. 즉 共有持分의 自由處分이 禁止되고 또한 共有持分의 分割請求權이 禁止되는 特殊性이 있다. 이 特殊性은 集合建物 自體內에 派生하기 때문에. 일률적으로 논할 수 없고 共同關係의 多樣性때문에 共用部分共有의 法的性質도 相異하게 구성해야 한다. 즉 民法上의 共有의 關係에 있는 규정·合有에 관한 규정·상된관계에 있는 규정 등을 구체적으로 적용해야 할 것이므로 共有의 制限 또는 變種이라 생각할 수 있다.

專有部分에 대한 法的性質을 논함에 있어서는 共用部分과의 一體性을 수반하지 않으면 안된다. 이 경우 專有部分에 대한 區分所有權과 共用部分에 대한 共有持分權은 그 主從關係로 形成하는 것이 아니고 그 部分의 劃定은 기술적 편의적이기 때문에 區分所有權을 排他的이고 即物的인 民法上의 所有權으로 생각하지 말고, 소위 空間에 대한 所有權을 物權法上 인정함이 타당할 것이다.