

토지임대부분양주택과 집합건물법상의 대지사용권

김영두(충남대학교 법학전문대학원 교수)

I. 서론

대지사용권이란 집합건물의 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위해서 대지에 대해서 갖고 있는 권리를 말한다(집합건물법 제2조 제6호). 대지사용권은 통상 소유권인 경우가 많지만 지상권이나 임차권, 전세권도 대지사용권이 될 수 있다. 공동주택과 같은 집합건물을 분양하는 경우에도 대지에 대한 소유권을 분양하는 것이 일반적이지만 지상권이나 임차권(이하에서는 “지상권”과 “임차권”을 통칭하여 “용익권”으로 표현한다)을 대지사용권으로 하여 분양할 수도 있다. 후자를 통상적으로 토지임대부분양주택이라고 한다. 이러한 토지임대부분양주택에 대한 논의는 2000년 중반부터 반값아파트라는 명칭으로 이루어졌다. 당시에서는 정치권이 중심이 되어 논의가 형성되었다. 토지임대부분양주택은 분양가의 하락을 유도할 수 있고 개발이익을 공적 기관이 회수할 수 있다는 점 때문에 일정한 지지를 얻었고, 정치권도 여야를 불문하고 이 제도의 도입에 긍정적이었다. 이러한 여론의 영향으로 정부는 2007년초 토지임대부분양주택제도를 도입하겠다고 발표를 하였고 2007년 10월에 시범적으로 토지임대부분양주택을 공급하였다. 그러나 토지임대부분양주택의 1순위 분양률은 10%를 넘지 못했다. 정치상황의 변화에 따라 2008년 하반기부터 다시 토지임대부분양주택제도 도입에 대한 논의가 시작되었고 2009년 4월에 “토지임대부분양주택 공급촉진에 관한 특별조치법”(이하 “토지임대주택특별조치법”이라고 한다)이 제정되어 그해 10월부터 시행되었다.¹⁾ 2011년 10월에 분양이 이루어졌는데 당시에는 약 7:1의 높은 경쟁률을 기록했다. 2014년 6월에는 민간사업자도 토지임대부분양주택 사업에 참여할 수 있게 되었다. 하지만 토지임대주택제도가 활발하게 이용되고 있지는 않다.

일본은 우리나라보다 조금 더 빠르게 토지임대부분양아파트(借地權付分讓マンション) 제도가 도입되었다. 1992년부터 시행된 일본의 차지차가법(借地借家法)은 차지권부면선분양이 가능하도록 자기차지권(自己借地權) 제도를 도입하였다. 그러나 일본에서도 토지임대주택제도는 많이 활용되고 있지 않다.

토지임대주택의 분양이 활발하지 않은 이유는 토지의 가치는 장기적으로 상승할 수밖에 없는 반면에 건물의 가치는 감가로 인해서 장기적으로 하락할 수밖에 없기 때문이다. 대지소유권을 함께 매수하는 경우에는 건물가치의 하락을 토지가치의 상승으로 보완할 수 있는데, 토지임대주택은 시간이 흐를수록 가치가 하락하고 종국에는 가치가 0이 된다. 이런 점을 고려한다면 토지임대주택에 대한 선호가 낮을 수밖에 없다. 그러나 부동산시장의 장기침체로 인해서 토지 가치의 상승폭이 둔화되고 저렴한 분양가가 건물의 가치 하락을 상쇄할 수 있다면 토지임대주택에 대한 일정한 수요가 발생할 수 있다. 이하에서는 토지임대부분양주택

1) 2016. 1. 19. 개정된 주택법 부칙 제2조에 의해서 폐지되고 2016. 8. 12.부터 시행되는 주택법에서 규정될 것이다.

제도의 핵심이라고 할 수 있는 지상권이나 임차권이라는 대지사용권을 살펴보고 이 제도가 제대로 이용되기 위해서 개선되어야 할 사항이 무엇인지 살펴보도록 한다. .

II. 대지사용권과 토지임대부 분양주택의 의의

1. 대지사용권의 의의

구분소유자가 전유부분을 소유하기 위해서 대지에 대해서 갖고 있는 권리를 “대지사용권”이라고 한다(집합건물법 제2조 제6호). 대지사용권은 소유권인 경우가 일반적이다. 그러나 지상권이나 전세권, 임차권도 대지사용권이 될 수 있다.²⁾ 전유부분의 매수인이 아직 대지에 대한 등기를 이전받지 못해서 대지에 대해서 물권적 권리를 갖고 있지 못하다고 하더라도 매수인은 매매계약에 근거하여 전유부분을 소유하기 위해서 대지를 점유사용할수 있는 점유사용권을 갖고 있다. 이러한 점유사용권도 대지사용권이 될 수 있다.³⁾

대지사용권은 반드시 등기되어야 하는 권리는 아니다. 예를 들어 등기되지 않은 임차권도 대지사용권이 될 수 있고, 전유부분의 매수인이 대지에 대해서 갖고 있는 점유사용권도 대지사용권이 될 수 있다. 그러나 대지사용권이 소유권이나 지상권인 경우뿐만 아니라 임차권인 경우에도 등기되는 것이 일반적이다. 대지사용권이 등기되지 않으면 대지권 등기를 할 수 없고 구분소유자가 대지에 대해서 갖고 있는 권리가 대지사용권이라는 점을 제3자에게 공시할 수 없기 때문이다.

2. 대지사용권과 전유부분의 일체성

(1) 대지사용권과 전유부분의 일체성의 의의

건물소유자가 그 대지에 대해서 사용권을 갖고 있지 못한다면 그 건물은 철거될 운명에 처하게 된다. 집합건물법은 이러한 결과를 방지하기 위해서 구분소유자가 전유부분의 소유를 위해서 소유권, 임차권, 지상권과 같은 대지사용권을 갖고 있는 경우에 그 대지사용권과 구분소유권을 일체로 취급하고 있다. 집합건물법 제20조는 구분소유권과 대지사용권의 일체성을 규정하고 있는데,⁴⁾ 일체성은 두 가지 의미를 갖고 있다. 하나는 구분소유권이 양도되면 대지사용권도 함께 양도된다는 것이다. 이를 대지사용권의 수반성(隨伴性)이라고 한다. 다른 하나는 대지사용권을 전유부분과 분리해서 처분할 없다는 점이다. 이를 대지사용권의 분리

2) 전세권이 대지사용권이 되는 경우는 많지 않다. 전세권은 최장기간 10년을 넘지 못하고(민법 제312조) 전세금을 필수적인 요소로 하기 때문이다. 이하에서는 대지사용권으로 지상권과 임차권만을 검토한다.

3) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결. 이 판결과 동일한 취지의 판결에는 대법원 2006. 3. 10. 선고 2004다742 판결이 있다. 이 판결은 대법원 2001. 1. 30. 선고 2000다10741 판결을 참조하도록 하고 있다. 이 전원합의체 판결이 있기 전에는 단순히 대지지분에 대한 소유권이전등기청구권을 갖고 있다고 해서 그것이 대지사용권에 해당하지 않는다고 보았다. 따라서 전유부분을 경락받은 매수인에 대해서 대지지분을 갖고 있는 자는 건물의 철거를 청구할 수 있기 때문에 시가에 따른 전유부분의 매수를 청구할 수 있다고 판단하였다(대법원 1996. 12. 20. 선고 96다14661 판결).

4) 판례는 집합건물법 제20조는 집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 대지사용권 없는 구분소유권의 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 데 있다고 한다(대법원 2006. 3. 10. 선고 2004다742 판결).

처분금지라고 한다.

(2) 대지사용권의 분리처분 금지

구분소유권과 대지사용권의 일체성을 유지하기 위해서 구분소유자는 대지사용권만을 분리하여 별도로 처분할 수 없다(집합건물법 제20조 제2항). 만약 대지사용권을 전유부분과 분리하여 처분한다면 그러한 처분행위는 무효이다.⁵⁾ 그러나 만약 이러한 분리처분을 금지하는 취지의 등기를 하지 않는다면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 처분행위가 무효임을 주장할 수 없다(집합건물법 제20조 제3항). 그리고 예외적으로 규약에서 달리 정한 때에는 분리처분이 가능하다(집합건물법 제20조 제2항 단서). 대지사용권을 전유부분과 분리해서 처분할 필요성이 있는 경우가 있기 때문이다. 예를 들면 집합건물을 증축하거나 대지에 새로운 집합건물을 건축하는 경우에 새로운 구분소유자가 대지사용권을 취득할 수 있도록 하기 위해서는 대지사용권을 전유부분과 분리해서 처분할 수 있는 가능성을 열어두어야 한다. 우리나라의 집합건물법 제20조 제2항과 마찬가지로 일본의 구분소유법 제22조 제1항은 “부지이용권이 수인이 갖고 있는 소유권이나 그 밖의 권리인 경우에 구분소유자는 전유부분과 그 전유부분에 관한 부지이용권을 분리하여 처분할 수 없다. 다만 규약에서 달리 정하는 때에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. 우리나라 집합건물법 제20조 제2항은 “구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만, 규약으로써 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 일본의 구분소유법은 대지사용권이 되었던 전유부분이 되었던 어느 하나만을 처분하는 것이 금지된다고 규정하고 있는데, 우리나라의 집합건물법은 대지사용권만을 전유부분과 분리하여 처분하는 것이 금지된다고 규정하고 있다. 그렇다고 해서 우리나라 집합건물법이 전유부분을 대지사용권과 분리해서 임의로 처분할 수 있는 것은 허용하고 있는 것은 아니다. 집합건물법 제20조 제1항에 따르면 전유부분을 처분하면 그 처분의 효과는 대지사용권에도 미치기 때문이다. 다만 일본 구분소유법은 전유부분만을 분리해서 처분하는 것이 무효라고 규정하고 있으며, 우리나라 집합건물법은 전유부분을 처분하면 대지사용권도 함께 양도된다고 규정하는 점에서 차이가 있다.

(3) 대지사용권의 수반성

구분소유권과 대지사용권의 수반성은 구분소유자가 전유부분을 처분하면 대지사용권은 종된 권리와 마찬가지로⁶⁾ 전유부분의 처분에 따르게 된다(집합건물법 제20조 제1항)⁷⁾는 것의 의

5) 법원 2006.3.10. 선고 2004다742 판결. 이 판결에서 한국수자원공사로부터 토지를 분양받은 집합건물의 건축주가 토지상에 아파트 및 상가를 신축하다가 부도를 내자 건축주의 채권자들이 건축의 마무리 공사를 진행하고 신축건물에 관하여 건축주 명의의 소유권보존등기와 수분양자들 명의의 이전등기를 마친 경우, 건축주가 한국수자원공사에 대하여 가지는 토지에 관한 소유권이전등기청구권에 대한 압류 및 가압류는 필연적으로 전유부분과 토지의 분리처분이라는 결과를 낳게 되어 효력이 없다고 판시하였다. 대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결도 참조.

6) 대법원 1995. 08. 22. 선고 94다12722 판결 참조.

7) 집합건물의 분양자가 수분양자에게 대지처분에 관한 소유권이전등기나 대지권변경등기는 지적정리 후 해 주기로 하고 우선 전유부분에 관하여만 소유권이전등기를 마쳐 주었는데, 그 후 대지처분에 관한 소유권이전등기나 대지권변경등기가 되지 아니한 상태에서 전유부분에 대한 경매절차가 진행되어 제3자가 전유부분을 경락받은 경우, 그 경락인은 집합건물법 제2조 제6호의 대지사용권을 취득하고, 이는 수분양자가 분양자에게 그 분양대금을 완납한 경우는 물론 그 분양대금을 완납하지 못한 경우에도 마찬가지이다. 따라서 그러한 경우 경락인

미한다. 앞에서 살펴보았듯이 일본의 구분소유법은 전유부분과 대지사용권의 분리처분을 금지하고 있을 뿐이며(일본 구분소유법 제22조 제1항) 전유부분이 처분된다고 해서 대지사용권이 따라가는 것은 아니다.

집합건물법 제20조 제1항은 구분소유자에게 뜻밖의 이익을 안겨주는 경우가 있다. 예를 들어 갑이 전유부분이 10개 있는 집합건물을 건축한 후에 그 중 1개의 전유부분을 을에게 양도하면서 대지에 대한 공유지분을 을에게 양도하는 것이 아니라 을과 토지에 대해서 임대차계약을 체결하였다고 가정해 보자. 을이 전유부분의 소유권을 취득하였다면 갑과 을이 임대차계약을 체결했는지 여부와 상관없이 을은 집합건물법 제20조 제1항에 의해서 대지의 1/10에 해당하는 지분을 취득한다. 물론 갑이 사전에 대지사용권의 분리처분이 가능하다는 것을 공정증서로 정한 경우에는 을이 대지지분을 취득하게 할 수 있다. 그러나 그러한 공정증서로 정하였다는 점이 인정되지 않는다면 갑이 을과 임대차계약을 체결했는지 여부와 상관없이 을은 1/10의 대지지분을 취득하게 된다. 구분소유자가 대지사용권의 수반성을 제대로 알지 못하는 경우도 있다. 이 경우에 전유부분에 설정된 저당권이 실행되어 매각대금을 완납하고 병이 전유부분의 소유권을 취득하게 된다면 병은 역시 을이 갖고 있던 1/10의 대지지분도 당연히 취득하게 된다. 경매절차에서 대지지분에 관한 감정평가액이 반영되지 않고 전유부분에 관하여만 경매절차가 진행되었다고 하더라도 병은 대지지분을 취득할 수 있다. 이러한 대지지분의 취득은 부당이득에 해당하지도 않는다.⁸⁾

대지사용권의 수반성에 대해서도 예외를 인정할 수 있는가? 분리처분금지의 경우에는 규약에 의해서 분리처분이 가능하도록 할 수 있고, 구분소유자가 1인인 경우에는 공정증서에 의해서 분리처분이 가능하다는 점을 정할 수 있다. 그런데 집합건물법 제20조 제1항에서는 수반성에 대해서는 그러한 예외를 인정하지 않고 있다. 즉 전유부분이 처분되는 경우에 대지사용권을 유보할 수 있는 예외를 인정하지 않고 있다. 그러나 규약이나 공정증서의 정함이 있는 경우에 대지사용권만을 전유부분과 분리해서 처분하는 것이 가능하다면, 역시 규약이나 공정증서의 정함이 있는 경우에는 분양자가 대지사용권을 보유하면서 전유부분만을 양도하는 것도 가능하다고 보아야 한다. 판례도 제20조 제1항을 이와 같이 해석하고 있다.⁹⁾

3. 대지권

대지권은 구분건물의 소유자가 전유부분을 소유하기 위해서 갖고 있는 대지사용권 중에서 전유부분과 분리하여 처분할 수 없는 권리를 말한다(부동산등기법 제42조 제4항). 대지권이라는 용어는 부동산등기법 상의 용어이다. 즉 대지사용권 중에서 전유부분과 분리하여 처분할 수 없는 권리를 등기하기 위해서 사용되는 개념이다. 따라서 대지권은 대지사용권보다 좁은 개념이다. 대지사용권이라고 하더라도 규약이나 공정증서에 의해서 전유부분과 분리해

대지사용권 취득의 효과로서 분양자와 수분양자를 상대로 분양자로부터 수분양자를 거쳐 순차로 대지지분에 관한 소유권이전등기절차를 마쳐줄 것을 구하거나 분양자를 상대로 대지권변경등기절차를 마쳐줄 것을 구할 수 있고, 분양자는 이에 대하여 수분양자의 분양대금 미지급을 이유로 한 동시이행항변을 할 수 있을 뿐이다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004다58611 판결).

8) 대법원 2001.09.04. 선고 2001다22604 판결

9) “다만 집합건물법상의 대지사용권을 가진 구분소유자는 전유부분과 대지사용권의 분리처분을 허용하는 규약 또는 공정증서를 작성하는 방법으로(집합건물법 제20조 제2항, 제4항, 제3조 제3항), 집합건물법상의 대지사용권 일부를 자신이 유보한 채 나머지 일부만 전유부분과 함께 이전하거나 또는 대지사용권의 전부를 자신이 유보하면서 그 이외의 권리를 전유부분의 매수인이 취득하도록 할 수 있다.” (대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다 6107 판결)

서 처분할 수 있다면(집합건물법 제20조 제2항 단서, 제4항) 그 대지사용권은 대지권이 될 수 없다.

대지권이 대지사용권보다 좁은 개념이지만 구분소유자가 대지사용권을 갖고 있으며 분리처분을 허용하는 규약이나 공정증서를 제시할 수 없다면 대지사용권은 대지권에 해당한다. 실질적으로 집합건물의 보존등기 신청시에 대지사용권이 있다면 분리처분을 허용하는 규약이나 공정증서를 제시하지 못하는 이상 반드시 보존등기 신청시에 대지권에 관한 사항을 기재해야 한다(부동산등기법 제42조 제4항). 만약 대지권에 관한 사항을 기재하지 않고 분리처분을 가능하게 하는 규약이나 공정증서를 제시하지도 않는다면 그러한 등기신청은 각하될 것이다. 대지권은 대지사용권의 종류에 따라서 “소유권대지권”, “임차권대지권”, “지상권대지권”으로 부른다.

4. 토지임대부분양주택

토지임대부분양주택이란 대지에 대한 소유권은 분양자가 보유하고 수분양자는 전유부분의 소유권과 대지에 대한 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 취득하는 방식으로 분양하는 주택을 말한다. “토지임대주택특별조치법” 제2조 제4호는 분양자(분양주택 건설사업을 시행하는 자)가 토지에 대한 소유권을 보유하고, 수분양자는 전유부분의 구분소유권을 갖는 주택으로 정의하고 있으며, 줄여서 “토지임대주택”으로 표현하고 있다. 2016년 8월부터 시행되는 주택법 제2조 제9호에서도 동일한 정의를 내리고 있다. 일본에서는 우리나라의 토지임대부분양주택이라는 용어와 비슷하게 차지권부분양아파트(借地權付分讓マンション)라는 용어가 사용된다. 1992년부터 시행된 일본의 차지차기법이 자기차지권(自己借地權)을 규정함으로써 토지임대주택이 등장하게 되었다.

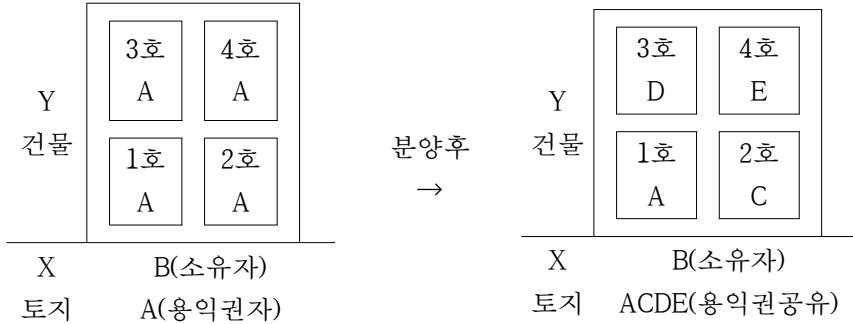
Ⅲ. 용익권을 대지사용권으로 하기 위한 요건

1. 대지사용권으로 지상권 또는 임차권을 설정하기 위한 방법

지상권과 임차권은 전유부분을 소유하기 위한 대지사용권이 될 수 있다. 지상권과 임차권을 대지사용권으로 하기 위해서는 구분소유자와 토지소유자 사이에 임대차계약이나 지상권 설정계약이 체결되어야 한다. 통상적으로 모든 구분소유자가 토지소유자와 임대차계약 또는 지상권설정계약을 체결하게 되고, 지상권이나 임차권을 구분소유자들이 공유하게 된다. 아래에서는 분양자가 전유부분을 분양하면서 대지사용권으로 지상권 또는 임차권을 설정하기 위한 방법을 살펴보도록 한다. 먼저 분양자가 대지에 대한 소유권을 갖고 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분해 볼 필요가 있다. 분양자가 대지에 대해서 소유권을 갖고 있다면 분양자가 전유부분을 원시취득하여 구분소유자가 되는 경우에 대지에 대한 소유권이 대지사용권이 되며 별도로 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 할 수는 없다. 자신이 소유하는 토지에 대해서 지상권이나 임차권을 설정할 수는 없기 때문이다. 이렇게 본다면 분양자가 대지에 대해서 소유권을 갖고 있는가 하는 점은 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 만드는데 있어서 중요한 의미를 갖는다. 먼저 지상권과 임차권을 대지사용권으로 설정하는 방법을 살펴본 후에 다음으로 분양자가 토지를 소유하면서도 지상권과 임차권을 대지사용권으로 설정할 수 있는 편리한 방안인 일본의 자기차지권제도를 살펴본다.

2. 분양자가 대지에 대한 소유권을 갖고 있지 않은 경우

<그림1>



분양자가 대지에 대해서 소유권을 갖고 있지 않은 경우에는 구분소유권을 원시취득한 분양자가 토지소유자와 지상권설정계약이나 임대차계약을 체결하게 되면 지상권이나 임차권이 대지사용권으로 된다. 분양자는 집합건물 등기부에 지상권대지권 표시등기를 할 수 있고, 임차권을 등기하기로 임대인과 합의하였다면 임차권대지권의 표시등기를 할 수도 있다. 이 경우에 토지등기부의 지상권 또는 임차권 등기에는 대지권인 취지의 등기를 하게 된다. 분양자가 각 전유부분의 소유권을 수분양자에게 이전해 주면 수분양자들은 분양자로부터 지상권이나 임차권의 지분을 대지사용권으로 취득하게 된다. 이 경우에 수분양자들이 취득하는 지상권이나 임차권의 지분은 집합건물법 제21조와 제12조에 의해서 전유부분의 면적비율에 따른다.¹⁰⁾ 이와 같이 분양자가 토지에 대한 권리를 갖고 있지 않는 경우에는 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 설정하는 것이 별 문제가 되지 않는다.

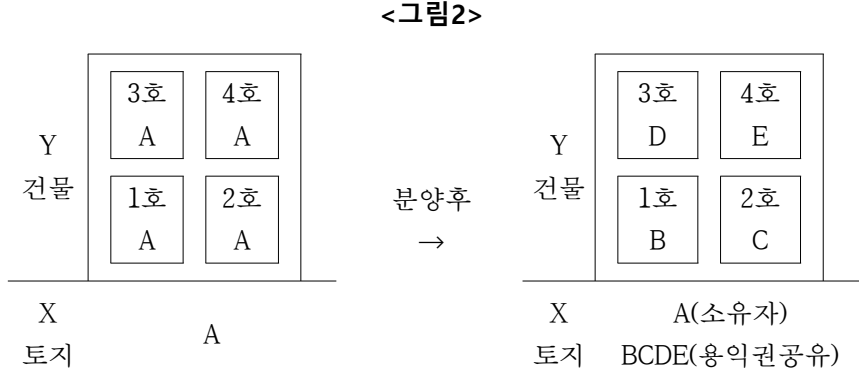
<그림1>에서 분양자 A가 토지소유자 B와 지상권설정계약이나 임대차계약을 체결하여 지상권이나 임차권을 1호~4호의 전유부분을 위한 대지사용권으로 만들 수 있다. 분양자 A가 2호~4호를 분양하였다면 각 전유부분의 수분양자인 CDE는 지상권이나 임차권에 대한 지분을 취득하게 된다. 각 전유부분의 면적이 동일하다면 지상권이나 임차권의 1/4 지분을 취득하게 된다. 미분양된 1호는 분양자 A의 소유이므로 A도 역시 지상권이나 임차권의 1/4 지분을 갖고 있으며 ACDE는 지상권이나 임차권을 준공유하게 된다. 만약 토지소유자인 B가 1호를 분양받는 경우에는 어떠한 결과가 발생하는가? 이 경우에는 혼동에 관한 민법 제191조 제1항에 의해서 B가 취득한 지상권이나 임차권의 지분이 소멸하게 되는 것은 아닌가 하는 문제가 발생한다. 그러나 이 경우에 혼동의 예외를 인정해 줄 필요가 있다. 그렇지 않다면 1호를 위한 지상권이나 임차권의 지분이 누구에게 귀속되어야 하는가, 그리고 다시 B가 1호를 매각하는 경우에 어떠한 방식으로 지상권이나 임차권을 다시 대지사용권으로 제공할 수 있는가 하는 복잡한 문제가 발생한다. 다만 이 문제는 자신이 소유하는 토지에 대해서 지상권이나 임차권을 준공유할 수 있는가 여부를 검토하면서 상세히 살펴보도록 한다.

3. 분양자가 대지에 대한 소유권을 갖고 있는 경우

(1) 수분양자와 용익권 설정계약을 체결하는 경우

10) 있는 경우에는 그 부분을 전유부분의 면적에 산입하여 지분을 계산해야 한다(집합건물법 제12조 제2항)

(가) 전유부분이 모두 분양된 경우

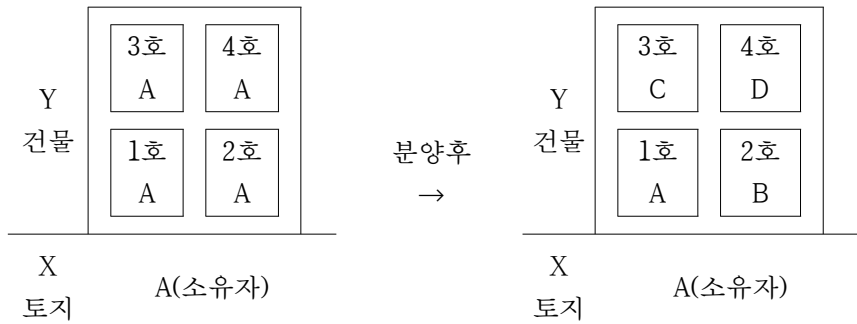


<그림2>에서 집합건물이 완공되어 구분소유권이 성립하면 구분소유권의 원시취득자인 A가 토지에 대해서 갖고 있는 소유권은 대지사용권이 된다. A가 소유권이 아니라 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 하여 전유부분을 분양하기 위해서는 먼저 전유부분과 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 해야 한다. 분리처분이 가능하도록 하기 위해서는 구분소유자가 여러 명인 경우에는 규약으로, 구분소유자가 1인인 경우에는 공정증서로 분리처분이 가능하다는 것을 정해야 한다. <그림2>에서 A는 집합건물인 Y 건물의 단독소유자이기 때문에 공정증서에 의해서 전유부분과 토지소유권이 분리될 수 있다고 정해야 한다. 만약 공정증서로 분리될 수 있음을 정하지 않는다면 A가 전유부분의 수분양자에게 구분소유권을 이전하게 되면 수분양자는 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 한다는 분양계약의 내용과 상관없이 집합건물법 제20조 제1항에 의해서 전유부분의 면적에 따른 지분비율로 대지에 대한 소유권을 취득하게 된다.

A가 대지사용권과 구분소유권의 분리가 가능하다는 점을 공정증서로 정하게 되면 그 다음으로 수분양자들과 지상권설정계약 또는 임대차계약을 체결해야 한다. 이렇게 되면 수분양자들은 지상권이나 임차권이라는 대지사용권을 취득하게 되고, 지분비율로 지상권이나 임차권을 준공유하게 된다. 구분소유자들이 대지사용권을 구분소유권과 분리하여 처분할 수 있다고 규약으로 정하지 않는다면 구분소유자들은 지상권을 대지권으로 등기할 수 있다. 그리고 임차권을 등기하기로 약정하였다면 임차권 등기를 한 후에 대지권 등기를 할 수도 있다.

(나) 미분양된 전유부분이 있는 경우

<그림3>



수분양자들과 지상권설정계약이나 임대차계약을 체결하는 방식은 전유부분이 모두 분양된 경우에는 별 문제가 없다. 하지만 미분양된 전유부분이 존재하는 경우에는 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 설정하는 것이 쉽지 않다. <그림3>은 1호가 미분양된 경우이다. 미분양된 1호의 구분소유권은 분양자인 A가 계속해서 보유하게 된다. 이 경우에 구분소유권을 위한 지상권이나 임차권을 설정하기 위해서 다음과 같은 방식을 생각해 볼 수 있다.

① 분양자를 제외한 모든 구분소유자와 분양자가 용익권설정계약을 체결하는 방식

A가 BCD와 지상권설정계약 또는 임대차계약을 체결하는 것을 생각해 볼 수 있다. 이렇게 되면 BCD가 지상권이나 임차권을 준공유하게 되고, 이 지상권 또는 임차권은 2호~4호를 위한 대지사용권이 된다. A가 소유하는 1호를 위한 대지사용권은 A가 X 토지에 대해서 갖고 있는 소유권이 될 수밖에 없다. BCD는 지상권이나 임차권을 등기하고 대지권 등기도 할 수 있다. 그러나 그 지상권이나 임차권은 2호~4호를 위한 대지권으로 등기되어야 한다.

만약 분양자 A가 미분양인 1호를 E에게 분양하였고 E가 소유권을 취득하였다면 분양자 A와 E는 다시 지상권설정계약이나 임대차계약을 체결할 수는 없다. 하나의 토지 위에 복수의 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 할 수는 없기 때문이다. 결국 분양자 A는 BCD가 E에게 지상권이나 임차권의 지분을 양도하도록 하여¹¹⁾ E도 지상권이나 임차권을 1호를 위한 대지사용권으로 준공유할 수 있도록 해주어야 한다. 즉 A는 BCD와 지상권설정계약 또는 임대차계약을 체결하면서 BCD가 갖고 있는 1/3의 지분 중에서 1/12 씩을 장래의 1호에 대한 수분양자에게 양도하기로 한다는 내용을 포함시켜야 할 것이다. 이렇게 되면 대지사용권의 내용이 변경되기 때문에 2호~4호의 전유부분 표제부의 대지권 표시등기를 변경(대지권지분의 일부 말소에 해당함)해야 하며, 다시 1호의 표제부에도 대지권표시변경등기¹²⁾를 해야 한다. 이러한 번거로움을 피하고자 한다면 전유부분이 모두 분양될 때까지 기다려서 모든 구분소유자와 지상권설정계약이나 임대차계약을 체결해야 한다. 모든 전유부분에 대한 분양이 완료될 때까지 기다릴 수 없다면 결국 위와 같이 일단 현재의 수분양자들과 지상권설정계약이나 임대차계약을 체결한 후에 추가적인 수분양자에게 지상권이나 임차권의 지분을 양도하는 번거로운 방식을 통해서 토지임대부로 전유부분을 분양할 수 있을 뿐이다. 그런데 만약 전유부분이 수백세대가 된다면 미분양된 전유부분이 매각될 때마다 이러한 절차를 계속해서

11) 일부를 전유부분과 분리해서 처분할 수 있음을 정한 규약이 제정되어야 한다.

12) 집합건물에 대한 보존등기가 마쳐진 이후에 대지권을 표시하는 등기는 대지권표시변경등기에 해당한다.

반복해야 하기 때문에 집합건물의 규모가 크다면 수분양자들과 지상권설정계약이나 임대차계약을 체결하는 방식은 상당히 번거로운 방식일 수밖에 없다.

② 분양자를 포함한 모든 구분소유자와 분양자가 용익권설정계약을 체결하는 방식

A가 자신을 포함해서 BCD와 지상권설정계약이나 임대차계약을 체결하는 방식도 생각해 볼 수 있다. 즉 지상권설정자 또는 임대인은 A가 되고 지상권자 또는 임차인은 ABCD가 되는 것이다. ABCD는 지상권이나 임차권을 준공유하게 된다. 일본에서는 이러한 방식으로 설정된 지상권 또는 임차권¹³⁾을 자기차지권이라고 한다. 이러한 방식의 지상권이나 임차권 설정이 가능하다면 A는 미분양인 1호가 사후적으로 분양된다면 수분양자에게 전유부분의 소유권이전등기만 마쳐주면 된다. 1호를 위한 지상권이나 임차권의 지분은 대지사용권이기 때문에 집합건물법 제20조 제1항에 의해서 당연히 수분양자에게 이전되며 별도의 등기절차도 필요하지 않다. ①의 방안과 같이 새로운 수분양자가 추가될 때마다 그 수분양자에게 지상권이나 임차권의 일부를 양도해야 하는 번거로움을 피할 수 있다. 그런데 이런 방식은 자신이 소유하는 토지에 대해서 지상권이나 임차권을 취득할 수 있는가 하는 문제를 발생시킨다.¹⁴⁾ 결론적으로 자신이 소유하는 토지 위에 제3자와 대지사용권에 해당하는 지상권이나 임차권을 설정하는 것은 허용된다고 보아야 할 것이다. 즉 혼동의 법리에 대한 예외를 인정할 필요가 있다.¹⁵⁾ 하지만 다음과 같은 이유에서 이 문제는 입법에 의해서 해결되는 것이 타당하다.

첫째, 단순한 해석론에 의해서 혼동의 법리에 대한 예외를 인정한다면 그 예외가 남용될 가능성이 있다. 예를 들어 자신이 소유하는 토지 위에 제3자와 대지사용권으로서 지상권이나 임차권을 설정하는 것을 허용해야 한다는 주장을 받아들인다면, 자신의 토지 위에 단독으로 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 설정하는 것도 허용되어야 한다는 주장이 나올 수 있다.

둘째, 민법 제191조 제1항 단서는 물권이 타인의 권리의 목적이 된 경우에만 혼동의 예외를 인정하고 있다. 그런데 일본민법 제179조 단서는 물권이 타인의 권리의 목적이 된 경우뿐만 아니라 물건이 타인의 권리의 목적이 된 경우에도 혼동의 예외를 인정하고 있다. 우리 민법 제191조 제1항 단서의 해석에 있어서 일본민법과 같이 혼동의 예외를 넓게 인정할 필요가 있다는 견해도 있다.¹⁶⁾ 그러나 이러한 해석론에 따르더라도 토지소유자가 자신의 토지 위에

13) 차지차가법에서는 지상권과 임차권을 통칭하여 차지권이라고 한다.

14) 양경욱, 건물의 구분소유에 관한 법률문제, 사법논집 16집, (법원행정처, 85.12), 86면에서는 토지에 대한 소유권을 갖고 있는 구분소유자가 자신을 제외한 나머지 구분소유자와 지상권이나 임대차계약을 체결한 후에 다시 토지소유자인 구분소유자로부터 지상권과 임차권의 지분을 일부양도하는 것은 혼동에 관한 민법 제191조 제1항 단서의 예외에 해당한다고 한다. 그리고 민법 제191조 제1항 단서는 후발적으로 소유자가 자신이 소유하는 토지에 대해서 제한물권을 취득하는 경우에만 적용되기 때문에 처음부터 구분소유자인 토지소유자가 다른 구분소유자와 공동으로 지상권자나 임차권자가 되는 것은 민법 제191조 제1항 단서의 예외에 해당하지 않지만, 형평성을 고려할 때 이 경우에도 자신이 소유하는 토지에 다른 구분소유자와 공동으로 지상권이나 지역권을 취득할 수 있다고 한다.

15) 소유권과 제한물권이 동일인에게 귀속되는 경우에 혼동의 문제가 발생한다. 그러나 소유권과 임차권이 동일인에게 귀속되는 경우에는 혼동의 문제가 발생하지 않는다. 소유권과 그 소유물에 대한 채권이 동일인에게 귀속된다고 해서 민법 제191조가 적용되지 않기 때문이다. 대법원 1995. 12. 26. 선고 95다29888 판결에서 이 점을 명확히 하고 있다. 따라서 소유자와 임차인이 동일인이 되었다고 해서 임차권이 소멸하는 것은 아니다. 하지만 임차권이 대항력을 갖추고 있는 경우에는 물권과 유사한 효력을 갖는다. 따라서 소유자와 물권화된 임차권자가 동일인이 되는 경우에는 임차권은 혼동에 관한 민법 제191조에 의해서 소멸한다고 보아야 할 것이다. 이에 대해서는 대법원 2001. 5. 15. 선고 2000다12693 판결 참조.

제3자와 지상권이나 임차권을 설정하는 것은 지상권이나 임차권이 제3자의 권리의 목적이 되거나, 토지가 다른 사람의 권리의 목적이 된 경우에 해당하지 않는다. 따라서 민법 제191조 제1항 단서를 넓게 해석한다고 하더라도 자신이 소유하는 토지에 대해서 지상권이나 임차권을 취득할 수 있다는 결론을 도출하기는 어렵다.

셋째, 물권의 혼동의 예외에 대해서 우리민법 제191조 제1항 단서보다 일본민법 제179조 제1항 단서가 예외를 더 넓게 인정하고 있음에도 불구하고 일본의 차지차기법은 혼동의 문제를 해결하기 위해서 자기차지권 제도를 도입하였다.

넷째, 소유자저당제도의 도입¹⁷⁾이나 저당증권제도의 도입¹⁸⁾과 관련해서도 혼동의 법리에 대한 예외를 인정할 필요성이 있다는 입법론적인 주장을 고려한다면 토지소유자가 자신의 토지 위에 제3자와 지상권이나 임차권을 설정하는 것을 허용하기 위해서는 입법적 뒷받침이 필요하다.

(2) 분양자가 토지소유권을 신탁하고 용익권을 대지사용권으로 취득하는 경우

토지소유자가 집합건물을 건축하여 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 하여 전유부분을 분양하는 방법에는 토지소유권을 신탁하는 방법도 있다. 즉 분양자가 토지를 신탁한 후에 분양자인 신탁자가 임차인이 되고 수탁자가 임대인이 되어 임대차계약을 체결한 후에 분양자가 임차권을 대지사용권으로 하여 전유부분을 분양할 수 있다. 이러한 방법은 분양자가 토지소유권을 갖고 있지 않은 경우와 동일하다. 모든 전유부분이 분양된다면, 즉 모든 구분소유자들이 지상권이나 임차권을 공유하게 되면 그 후에 분양자가 신탁계약을 해지하고 토지의 소유권을 회복할 수도 있을 것이다.

(3) 분양자가 제3자에게 임차권을 설정하고 집합건물도 제3자에게 신탁하는 경우

분양자가 토지를 신탁하여 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 설정하는 방법도 있지만, 반대로 분양자가 제3자에게 지상권이나 임차권을 설정해 주고 그 제3자가 집합건물을 원시취득하도록 하여 분양하는 방법도 생각해 볼 수 있다.¹⁹⁾ 제3자에게 지상권이나 임차권만을 설정해 준 후에 분양자가 집합건물을 완공하여 전유부분을 분양하고, 제3자로부터 수분양자에게 지상권이나 임차권의 지분을 이전하도록 하는 방법도 가능하다.

4. 자기차지권(自己借地權)

위에서 보았듯이 집합건물의 분양자가 지상권 또는 임차권을 대지사용권으로 하여 전유부분을 분양하고자 하는 경우에 분양자가 대지에 대해서 소유권을 갖고 있지 않다면 이러한 분

16) 이러한 입장을 취하고 있다. 즉 물권이 제3자의 목적이 된 경우뿐만 아니라 물건이 제3자의 권리의 목적으로 된 경우에도 혼동의 예외를 인정하고 있다. 하지만 표현은 포괄적으로 사용하고 있다. 즉 “본인 또는 제3자의 이익을 위하여 그 제한물권을 존속시킬 필요가 있다고 인정되는 경우에는” 과 같은 표현을 사용하고 있다(대법원 1998. 7. 10. 선고 98다18643 판결, 대법원 1999. 4. 13. 선고 98도4022 판결; 대법원 2013.11.19. 자 2012마745 결정 등 참조).

17) 박종찬, “저당제도의 개선방향”, 「민사법학」 15호, 한국민사법학회, 1997, 48면.

18) 강대성, 일본의 저당증권제도를 계수하여야 하는가?, 민사법학 43-1호(2008. 12), 한국사법행정학회, 148면.

19) 都宮 充夫, 借地借家法にみる自己借地權について, 中央学院大学法学論叢 6(2) (中央学院大学法学部 1993. 2. 28), 15頁.

양방식이 법적으로 어려운 일은 아니다. 그러나 분양자가 대지에 대한 소유권을 보유하면서 지상권이나 임차권을 대지사용권으로 하여 전유부분을 분양하는 방식은 법적으로 어려운 문제를 발생시킨다. 이러한 문제는 혼동의 법리에서 기인한 것인데, 일본에서는 이 문제를 해결하기 위해서 1992년부터 시행된 차지차가법에서 자기차지권제도를 도입하였다. 즉 자기차지권에 관한 일본의 차지차가법 제15조²⁰⁾는 일본민법 제179조(우리민법 제191조에 해당함)의 혼동에 관한 예외를 인정하기 위해서 도입된 규정이다. 자기차지권은 자신이 소유하는 토지에 집합건물을 건축하여 전유부분을 차지권부로 분양하고자 하는 경우에 활용될 수 있다.²¹⁾ 자기차지권은 제3자와 함께 취득하는 경우에만 인정되며, 단독으로 자신이 소유하는 토지에 대해서 자기차지권을 설정할 수는 없다. 따라서 분양자는 전유부분에 대한 최초의 수분양자와 공동으로 차지권자가 되고, 분양자 스스로 차지권설정자가 되어 차지권설정계약을 체결함으로써 최초의 수분양자와 차지권을 준공유하게 된다. 차지권이 설정되면 등기도 가능하다. 전유부분이 순차로 분양되면 새로운 수분양자들에게 전유부분의 면적에 비례한 차지권의 지분을 대지사용권으로 양도하게 되며, 전유부분이 모두 분양되면 수분양자는 차지권의 준공유관계에서 탈퇴하게 되고 수분양자인 구분소유자들만이 차지권을 준공유하게 된다.

자기차지권에는 원시적 자기차지권과 후발적 자기차지권이 있다.²²⁾ 원시적 자기차지권은 토지소유자가 공동차지권자가 되어 차지권설정계약을 체결하는 경우를 말한다(일본의 차지차가법 제15조 제1항). 후발적자기차지권이란 차지권이 대지사용권으로 된 후에 토지의 소유자가 전유부분의 소유권을 취득함으로써 자신이 소유하는 토지에 대해서 취득한 차지권을 말한다(일본의 차지차가법 제15조 제2항).

IV. 토지임대부 분양주택에 관한 개정주택법 규정의 검토

1. 대지사용권 관련 개정주택법의 주요내용

토지임대주택에 대해서는 “토지임대부 분양주택 공급촉진을 위한 특별조치법”이 규정하고 있다. 그러나 이 특별조치법은 폐지되어 2016. 8. 12.부터 시행되는 개정주택법에서 토지임대주택을 규정하게 될 것이다. 개정된 주택법의 토지임대주택에 관한 내용 중에서 대지사용권을 중심으로 법률의 내용을 살펴볼 때 중요한 내용은 다음과 같다.

첫째, 개정주택법은 대지사용권을 위해서 분양자와 수분양자가 토지에 대해서 개별적으로 임대차계약을 체결한다는 관점에서 접근하고 있으며, 수분양자들이 모두 당사자가 되어 임대차계약을 체결한다거나, 임차권을 준공유한다는 접근방식을 취하고 있지 않다. 이러한 접근방법은 개정주택법 제78조 제3항에 따른 표준임대차계약서에서 구분소유자의 차임연체가 있는 경우에 분양자가 임대차계약을 해지할 수 있다고 규정한 점에서 분명히 드러난다. 그렇다면 수분양자와 체결하는 임대차계약에 의해서 수분양자가 어떠한 권리를 취득하는 것인지 의문이 발생할 수밖에 없다.

20) 차지차가법 제15조 ① 차지권을 설정하는 경우에 있어서 다른 자와 공동으로 갖는 경우에 한하여 차지권설정자는 스스로 차지권을 갖는 것이 허용된다.

② 차지권이 차지권설정자에게 귀속하는 경우에도 다른 자와 공동으로 차지권을 갖고 있는 때에는 그 차지권은 소멸하지 않는다.

21) 都宮 充夫, 借地借家法にみる自己借地権について, 15頁.

22) 宇都宮 充夫, 借地借家法にみる自己借地権について, 18頁.

둘째, 임대차계약기간은 40년이다. 구분소유자의 3/4 이상은 토지에 대한 임대차계약의 갱신을 요구할 수 있다(개정주택법 제78조 제1항). 갱신되는 임대차계약의 기간은 40년의 범위 내에서 정해지도록 규정하고 있는데, 누가 이를 결정할 수 있는가에 대해서는 규정하고 있지 않다.

셋째, 수분양자와 토지소유자가 임대차계약을 체결한 경우에 임대차기간 동안 지상권이 설정된 것으로 본다(개정주택법 제78조 제2항). 이 경우에 구분소유자 전원을 지상권자로 하여 지상권설정등기를 한 후에 각 구분소유자는 건물등기부에 지상권을 대지권으로 하는 대지권 표시변경등기를 할 수 있으며, 등기관은 1동 건물의 표제부에 대지권의 목적인 토지의 표시에 관한 사항을, 전유부분의 표제부에 대지권의 표시에 관한 사항을 기록하고 직권으로 대지권의 목적인 토지 등기부에 지상권이 대지권이라는 취지를 기록하여야 한다.²³⁾

넷째, 전유부분의 양수인은 임대차계약을 승계한다(개정주택법 제78조 제4항). 따라서 전유부분의 양수인은 임차권을 취득한다. 집합건물법 제20조 제1항은 대지사용권의 수반성을 규정하고 있기 때문에 주택법의 이 규정은 당연한 내용을 다시 한 번 규정한 것이 된다. 그리고 개정주택법 제78조 제2항에 의해서 임차권은 지상권으로 보기 때문에 전유부분의 양수인은 지상권을 취득하게 된다.

2. 개정주택법 규정의 문제점

개정주택법상의 토지임대주택제도의 가장 큰 문제점은 분양자와 수분양자 사이에 토지에 대한 개별적인 임대차계약이 체결된다는 관점에서 이 제도에 접근하고 있다는 점이다. 즉 개정주택법은 전체 수분양자가 공동으로 분양자와 임대차계약을 체결하고 수분양자들이 임차권을 준공유한다는 접근방식을 취하지 않고 있다. 이 점은 “토지임대주택특별조치법”도 마찬가지이다. 개정주택법이 이와 같은 접근방식을 취함으로써 인해서 여러 가지 문제가 발생한다. 이러한 문제점들은 대지사용권에 관한 단순한 이론적인 문제는 아니다. 사례를 통해서 문제점을 구체적으로 살펴본다.

<사례> 분양자 A는 X 토지의 소유자이며 그 위에 집합건물인 Y 건물을 신축하였다. Y 건물은 1호~10호의 10개의 전유부분으로 구성되어 있다. 1호~10호의 면적은 동일하다. A는 토지임대부로 전유부분을 분양하고자 한다. 10개의 전유부분 중에서 1호~5호의 전유부분이 먼저 B1~B5에게 분양되었다.

첫째, 개정주택법에 따르면 임대차계약은 A와 B1~B5 사이에 체결되어야 한다. 이렇게 되면 B1~B5는 임차권을 준공유하게 된다. 비록 A와 수분양자들이 개별적으로 토지에 대한 임대차계약을 체결하지만 임차권을 준공유한다는 것으로 이해할 수밖에 없다. B1~B5가 각자 토지에 대해서 임차권을 취득한다고 볼 수는 없기 때문이다. 개정주택법에서는 임차권을 지상권으로 간주하고 있으므로 결국 B1~B5는 지상권을 준공유하게 된다. B1~B5는 토지등기부에 지상권설정등기를 할 수 있다. 그리고 구분소유자들이 지상권의 분리처분을 가능하도록 규약으로 정하지 않았다면 지상권은 대지권으로 등기가 될 수 있다. 집합건물 등기부에는 대지권표시변경등기가 이루어질 것이고 토지등기부의 지상권등기에는 대지권인 취지의 등기가 이루어질 것이다. 하지만 건물등기부에 대지권표시변경등기가 이루어진다고 해도 모든 전유

23) 제201411-1호

부분의 표제부에 지상권대지권의 지분이 표시되는 것은 아니고 지상권대지권을 갖고 있는 1호~5호의 전유부분 표제부에 지상권대지권의 지분이 표시될 것이다. 이 상태에서 6호가 B6에게 분양된다면 B1~B5는 지상권의 일부지분을 B6에게 양도하여 지상권을 준공유할 수 있도록 해야 한다. 이렇게 하기 위해서는 규약으로 B1~B5의 지상권의 일부지분을 전유부분과 분리해서 처분할 수 있다고 정해야 한다. 다음으로 1호~5호의 전유부분의 표제부에 지분을 변경하는 대지권표시변경등기를 해야 하고, 6호의 전유부분 표제부에는 대지권 지분을 기재하는 대지권표시변경등기를 해야 한다. 만약 7호가 분양된다면 다시 이 절차를 반복해야 한다. 이런 절차가 번거롭다면 1호~10호의 전유부분이 모두 분양된 후에 이를 분양받은 B1~B10의 구분소유자와 A가 임대차계약을 체결해야 한다. 하지만 미분양 전유부분이 남아 있는 경우에는 등기절차가 계속 늦추어질 수밖에 없다. 개정주택법이 이 문제를 어떻게 접근하고 있는지 알 수는 없다. 개정주택법은 이러한 복잡한 절차를 고려하지 않고 A와 B1~B5가 토지에 대한 임대차계약을 체결한 후에 6호가 B6에게 분양되면 A와 B6가 별도의 임대차계약을 체결하면 되는 것처럼 규정하고 있다. 그러나 A와 B6이 임대차계약을 체결했다고 해서 B6이 X 토지에 대해서 임차권을 단독으로 취득할 수는 없는 것이며, 더 나아가서 B6의 임차권을 지상권으로 볼 수도 없다. B6은 기존의 지상권으로 간주된 임차권의 지분을 취득하여 지상권을 준공유할 수밖에 없다. 따라서 A와 B6이 체결하는 계약은 X 토지에 대한 임대차계약이 될 수 없고 기존에 발생한 임차권의 지분을 양도하기로 하는 계약으로 보아야 한다.

둘째, 결과적으로 개정주택법상의 규정을 합리적으로 해석한다고 하더라도 위와 같은 복잡한 문제가 발생할 수밖에 없다. 이 문제를 해결하기 위해서는 일본과 같이 자기차지권 제도를 도입할 필요가 있다. 만약 자기차지권제도를 도입하게 되면 A는 X 토지에 대해서 B1~B5와 함께 임대차계약을 체결할 수 있다. 이렇게 되면 A는 B1~B5와 함께 임차권을 준공유하게 된다. 이 임차권을 지상권으로 간주한다면 이 임차권을 지상권대지권으로 등기할 수도 있을 것이다. 결과적으로 1호~10호의 면적이 동일하므로 전유부분의 표제부에 지상권대지권의 지분비율을 1/10하여 대지권등기가 이루어질 것이다. 결국 A는 미분양된 6호~10호의 전유부분의 소유를 위해서 자신이 소유한 X 토지에 대해서 각 호수마다 1/10의 지분에 해당하는 지상권을 취득하게 된다. 만약 A가 미분양된 6호를 분양하였다면 A는 수분양자에게 전유부분에 대한 소유권이전등기만을 해 주면 된다. 이미 지상권대지권 등기가 되어 있기 때문에 전유부분에 대한 소유권이전등기만 있으면 대지사용권이 당연히 6호의 수분양자인 B6에게 이전된다.

셋째, 개정주택법이 분양자 A와 수분양자가 개별적으로 임대차계약을 체결한다는 접근방식을 취하고 있다는 점은 임대차계약의 해지에서도 확인할 수 있다. 개정주택법 제78조 제3항은 임대차계약을 체결하는 경우에 국토교통부령으로 정하는 표준계약서를 사용하도록 하고 있다. 그런데 표준계약서에는 계약의 해지에 관한 규정이 포함되어 있다. 임차인, 즉 수분양자가 차임을 3개월 이상 연속하여 연체하면 분양자는 임대차계약을 해지할 수 있다(표준임대차계약서 제5조 제1항 제3호). 그리고 임대차계약을 해지하면 분양자가 전유부분의 매수를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 공동으로 임대차계약을 체결하는 경우에 임차인 일부에 대해서만 계약을 해지할 수는 없다. 민법 제547조는 계약 당사자가 수인인 경우에 계약의 해지는 전원에 대해서 해야 한다고 규정하고 있으며 이를 “해지, 해제권의 불가

분성” 이라고 한다. 표준임대차계약서의 내용은 이러한 민법의 일반원칙에 반한다. 그리고 구분소유자 개인에 대해서 임대차계약의 해지를 허용한다면 법률관계가 복잡해 질 수밖에 없다. 만약 위 사례에서 1호~10호가 모두 분양되었다고 가정해 본다. 그 중에서 1호를 분양 받은 B1이 차임을 연체하여 A가 B1에 대해서 임대차계약의 해지를 통지를 하였다면 그 통지의 효력은 무엇인가? 표준임대차계약서의 내용에 따르면 B1이 갖고 있던 임차권이 소멸하는 것처럼 표현되어 있다. 즉 B1은 대지사용권을 갖고 있지 않게 된다고 본다. 그렇기 때문에 분양자는 전유부분에 대한 매수청구권을 행사할 수 있게 된다. 그런데 임대차계약의 해지에 의해서 B1의 지상권에 대한 지분권이 소멸된다고 본다면 그 지분권이 누구에게 귀속되는가 하는 문제가 발생한다. X 토지에 설정된 1호를 위한 대지사용권인 지상권의 1/10 지분에 대한 권리주체가 없게 되는 결과가 발생할 수는 없다. 결국 지상권을 공유하고 있는 B1이 지분을 상실하게 되면 그 지분은 나머지 공유자에게 지분비율로 귀속한다고 볼 수밖에 없다. 그렇게 되면 1호를 위한 대지사용권은 존재하지 않게 된다. 그리고 이러한 법률관계에 맞게 대지권 표시등기를 모두 변경해야 한다. A가 1호에 대한 매수청구권을 행사하여 소유권을 돌려받은 후에 다시 1호를 누군가에게 매도한다면 다시 지상권을 공유하고 있는 B2~B10의 구분소유자들이 새로운 매수인에게 지상권의 지분을 양도해야 하고 다시 등기를 해야 한다. 결과적으로 구분소유자가 차임을 연체하는 경우에 해당 구분소유자에게 임대차계약의 해지를 통보하는 방식으로는 문제가 해결되지 않고 더욱 복잡해진다. 구분소유자 전원과 A 사이에 임대차관계가 존재하고, 구분소유자 전원이 임차권을 공유하고 있다는 접근 방식을 취한다면 이 문제는 차임을 연체한 구분소유자에 대한 임대차계약을 해지하는 방식이 아니라 차임을 연체한 해당 구분소유자의 전유부분을 매수할 수 있도록 하는 방식으로 해결해야 한다. 즉 임차권에 대한 지분이 대지사용권으로 남아 있도록 해야 한다. 그래야 사후에 다시 1호의 전유부분을 매도한다면 그 매수인은 전유부분을 취득함으로써 당연히 대지사용권으로 지상권의 지분을 취득하기 때문이다. 물론 이러한 간명한 접근방식이 가능하기 위해서는 일본과 같이 자기차지권제도를 도입할 필요가 있다.

V. 결론

토지임대주택제도가 도입되었지만 임차권이나 지상권이 대지사용권이 되는 경우의 법률관계 및 문제점에 대한 검토는 아직 충분하지 않다. 토지임대주택제도가 활성화되지 못한 것인 하나의 이유일 것이다. 그러나 제한적이지만 토지임대주택에 대한 수요가 어느 정도 존재할 수 있기 때문에 이 문제에 대한 검토가 의미가 있다. 토지임대주택제도의 운용에 있어서 다음과 같은 점이 고려되어야 한다. 첫째, 수분양자들이 임차권이나 지상권을 준공유하고 그 공유지분이 대지사용권이 된다는 방향에서 임차권이나 지상권이라는 대지사용권의 문제에 접근할 필요가 있다. 마치 모든 수분양자들이 독자적인 임차권이나 지상권을 취득할 수 있는 것처럼 접근하게 되면 일물일권주의나 임차권 등기 등에 있어서 문제가 발생할 수밖에 없다. 둘째, 토지임대주택제도가 활용되기 위해서는 전유부분의 수분양자들이 대지에 대해서 갖게 되는 권리가 등기가 되어야 하고, 등기가 되기 위해서는 기존의 물권법적 질서 속에서 수분양자들의 대지사용권에 대한 권리가 명확히 규명되어야 한다. 수분양자의 대지에 대한 권리가 명확히 규명되지 않으면 토지임대주택에 대한 수요가 줄어들 수밖에 없다. 셋째, 토지임대주택제도를 활성화하기 위해서는 일본과 같이 자기차지권제도를 도입할 필요가 있다. 즉 분양자가 자신의 대지에 대해서 다른 수분양자들과 함께 임차권이나 지상권을 보

유할 수 있는 제도를 마련해야 한다. 그래야 간편한 방식에 의해서 분양자가 대지에 대한 소유권을 보유하면서 수분양자들이 임차권과 지상권을 대지사용권으로 취득하도록 할 수 있다.