

# 근저당권설정등기말소

[대법원 2013. 7. 25. 선고 2012다18038 판결]

## 【판시사항】

[1] 구분소유의 성립을 인정하기 위하여 반드시 집합건축물대장의 등록이나 구분건물의 표시에 관한 등기가 필요한지 여부(소극)

[2] 집합건물 전유부분과 대지사용권의 일체성에 반하는 대지 처분행위의 효력(무효)

## 【참조조문】

[1] [집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제1조, 제2조 제1호, 제3호, 제56조, 부동산등기법 제46조](#)

[2] [집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조](#)

## 【참조판례】

[1][2] [대법원 2013. 1. 17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결\(공2013상, 298\)](#) / [1] [대법원 1999. 7. 27. 선고 98다35020 판결\(공1999하, 1747\)](#) / [2] [대법원 2000. 11. 16. 선고 98다45652, 45669 전원합의체 판결\(공2001상, 39\)](#), [대법원 2006. 3. 10. 선고 2004다742 판결\(공2006상, 600\)](#)

## 【전문】

【원고, 피상고인】

【피고, 상고인】

주식회사 프라임상호저축은행 (소송대리인 법무법인 정진 담당변호사 김옥섭 외 3인)

【원심판결】

서울중앙지법 2012. 1. 11. 선고 2011나38249 판결

【주 문】

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 피고가 부담한다.

【이 유】

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 보충서의 기재는 이를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

1동의 건물에 대하여 구분소유가 성립하기 위해서는 객관적·물리적인 측면에서 1동의 건물이 존재하고 구분된 건물 부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추어야 할 뿐 아니라 1동의 건물 중 물리적으로 구획된 건물 부분을 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 특정 부분을 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 2013. 1. 17. 선고 2010다71578 전원합의체 판결](#) 등 참조).

한편 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](#) 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거에 의하여 판시 사실을 인정한 다음, 이 사건 아파트는 2007. 7. 13.경(또는 늦어도 2007. 8. 16.경)에는 지하 1층부터 지상 9층까지의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 모두 이루어져 이 사건 아파트 내부의 각 전유부분이 구조상·이용상 독립성을 갖추었고, 그보다 앞서 이 사건 조합이 사업계획을 승인받아 2005. 12. 28.경 그 내부의 전유부분 각각에 대하여 분양계약을 체결함으로써 구분의사를 외부에 표시하였으므로 구분행위의 존재도 인정된다고 보아, 이 사건 각 토지에 관하여 경료된 이 사건 각 근저당권설정등기 중 최초의 근저당권설정등기가 2007. 8. 23. 설정계약을 원인으로 하여 경료된 2007. 8. 23.경에는 이 사건 아파트의 각 전유부분에 관하여 이미 구분소유권이 성립하였으므로 그 이후에 이루어진 이 사건 각 근저당권설정등기는 [집합건물법 제20조](#)에 위반되어 무효이므로 모두 말소되어야 한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 의하면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 구분소유의 성립요건과 성립시기, 청구인정 범위 등에 관한 법리오해, 변론주의 원칙 위배 등의 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제3점에 대하여

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고가 이 사건 각 토지가 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 모른 채 이에 관하여 각 근저당권설정계약을 체결하였으므로 선의의 제3자에 해당한다는 피고의 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 채증법칙 위반 등의 위법이 없다.

## 3. 상고이유 제4점에 대하여

원심은, 그 판시와 같은 이유로 원고들이 매매계약 당시 피고 은행 명의의 근저당권설정등기가 마쳐진 사실을 알고 있었으므로 피고 명의의 각 근저당권설정등기가 무효라고 주장하면서 이 사건 조합을 대위하여 피고 명의의 각 근저당권설정등기의 말소를 구하는 것은 신의칙에 반한다는 피고의 주장을 배척하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 조치는 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

## 4. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.