

# 부동산 물권변동의 공시와 관련한 고찰

## A Study in connection with the Public Notification of Changes in Real Rights over Immovables

김 성 옥\*  
Kim, Sung-Wook

### 목 차

- I. 서 론
- II. 일반 부동산에 있어서 물권변동의 공시문제
- III. 집합건물에 있어서 물권변동의 공시문제
- IV. 결 론

### 국문초록

부동산 물권변동을 공시하는 등기제도는 현재의 부동산 소유자가 누구인지를 제3자에게 공시하는 기능을 하는 법 제도이다. 이러한 등기제도가 추구하는 이상은 권리변동의 정확성이라고 할 수 있는데, 이것은 다른 측면에서 등기제도가 지니고 있는 현실적인 문제점으로 인식되고 있다. 물론 한국에 있어서 부동산 물권관계를 공시하는 등기제도는 장구한 역사와 함께 발전되어 온 전통적인 제도라기보다는 오히려 근대법의 수용과 함께 단기간에 새롭게 창출되어진 사회제도라고 할 수 있다. 이러한 등기제도를 운용함에 있어서 발생되었던 종래의 법적 문제점들을 면밀하게 파악한다면, 장래에 정립될 공시제도는 보다 합리적이고 실질적 정의에 합치될 수 있을 것으로 보여 진다. 이와 관련하여 물권변동에 있어서 성립요건주의를 채택하고 있는 현행 법체계를 고려한다면 진실한 권리상태가 공시되어야 하고, 또한 이에 근거하여 부동산의 거래안전이

논문접수일 : 2010.6.30

심사완료일 : 2010.7.22

게재확정일 : 2010.7.23

\* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 전임강사

보호될 수 있는 방법이 모색될 필요성이 있다. 그러한 방법으로는 등기부의 공신력을 제한적 범위내에서 인정하는 것도 고려될 수 있을 것이다.

주제어 : 집합건물, 구분소유권, 공시제도, 등기제도, 권리변동, 물권변동

## 1. 서론

법률효과는 다양한 법률요건에 의하여 발생하는데, 그러한 법률요건 중에서 의사표시라는 법률사실로 구성되는 것을 법률행위라고 한다.<sup>1)</sup> 계약자유 또는 사적자치의 원칙을 기본으로 하고 있는 근대 민법에 있어서 법률행위로 인한 물권변동의 중요성은 매우 크다고 할 수 있다.<sup>2)</sup> 이와 관련하여 부동산 물권은 점유만으로 복잡한 거래관계를 공시하는 것이 불가능하고, 또한 근대법에 있어서는 부동산의 소유권과 저당권 등을 관념적 권리로 인식하게 됨에 따라, 점유를 대신할 수 있는 공시방법과 그 절차적 내용을 합리적으로 규율할 필요성이 있게 되었다.<sup>3)</sup> 특히 부동산 물권변동에 있어서 형식주의를 채택하고 있는 입법례에 있어서는 물권변동의 공시기능은 중요한 역할을 담당하게 된다. 그런데 최근에 법무부는 부동산 물권변동의 공시와 관련한 다양한 규정을 신설 및 개정하는 부동산등기법 전면개정안을 입법예고하였다.<sup>4)</sup> 이를 구체적으

- 1) 강태성, "물권행위에 있어서의 여러 문제", 「민사법이론과 실무」, 제8권 2호, 민사법의 이론과 실무학회, 2004, 89면; 박윤직, "물권행위와 공시방법", 「법제월보」, 5권 5호, 법제처, 1963, 7면; 이러한 법률행위 중에서 특히 물권변동을 직접 목적으로 하는 법률행위를 가리켜 물권행위라고 한다.
- 2) 독일의 경우에는 물권의 내용이 소유권인지 제한물권인지 등에 따라서 물권변동의 요건에 다소 차이가 있다(Hans-Armin Weirich, Grundstücksrecht, 2. Aufl. (Beck, 1996), Rn. 158). 즉 독일에 있어서 부동산물권의 합의(Einigung)는 특별한 방식을 요하지 아니하지만, 부동산소유권이전의 합의(Auflassung)는 일정한 방식을 요한다. 그리고 부동산거래의 채권계약(Vertrag) 중에서, 당사자 일방이 부동산소유권을 양도하거나 또는 취득할 의무를 부담지우는 의무부담계약, 즉 부동산소유권양도의 의무를 지는 채권계약은 공정증서로 작성하여야 한다(§311b Abs. 1 S. 1 BGB). 따라서 독일에서는 부동산소유권양도의 의무를 지는 채권계약 이외의 부동산물권변동을 위한 채권계약, 예컨대 부동산저당권의 설정을 위한 채권계약, 부동산용익권의 설정을 위한 채권계약은 특별한 방식이 요구되지 아니한다. 그러므로 부동산매매계약, 증여계약, 교환계약 등의 부동산의 소유권양도를 위한 채권계약은 공정증서로 작성하여야 한다(김상용, "독일에서의 부동산물권변동의 법리구성과 부동산거래계약의 공증제도", 「등기의 이론과 실무에 관한 제문제」, 육법사, 2004, 75면).
- 3) 법원행정처 편, 「부동산등기실무 I」, 법원행정처, 2007, 2면.
- 4) 2009년 11월 9일 법무부는 대법원의 개정 의견에 따라, 등기 사무의 전산처리를 원칙으로

로 살펴보면, 등기 사무의 전산처리를 원칙으로 하였고, 전세권의 일부이전등기를 공시할 수 있도록 하였다. 또한 공동저당의 대위등기 규정을 신설하였을 뿐만 아니라 종래에 폐단이 발생하였던 예고등기제도를 폐지하였다.

한편, 부동산 물권 중에서 대표적인 것이 소유권이라고 할 수 있는데, 특히 집합건물과 관련한 구분소유권의 물권변동은 전유부분과 공유부분, 대지권 문제가 밀접한 관련을 가지고 있다는 점에서 다양한 법률문제가 발생할 가능성이 있다. 특히 대지권 공시 문제는 전유부분의 물권변동과 관련하여 어떻게 해석할 필요성이 있는지는 매우 어려운 문제라고 할 수 있다. 이렇게 부동산 물권변동에 있어서 공시문제는 일반 부동산의 경우와 집합건물의 경우에 개별적인 특수한 문제점을 가지고 있다는 점에서 각각의 경우를 유형화할 필요성이 있다. 따라서 이하에서는 부동산 물권변동에 있어서 공시문제를 일반 부동산의 경우와 집합건물의 경우로 유형화하여 몇 가지 점에 한정하여 검토하고자 한다.

## II. 일반 부동산에 있어서 물권변동의 공시문제

### 1. 물권변동의 공시와 관련한 등기신청의 문제

법률행위로 인한 물권변동이 유효하기 위해서는 당해 물권에 대한 처분권이 존재하여야 한다. 왜냐하면 채권행위와 달리 물권행위는 처분행위로서 이행의 문제를 남기지 않기 때문이다. 그런데 물권을 처분하려는 자가 당해 물권의 진정한 권리자인지를 거래의 상대방이 외부에서 정확하게 인식하는 것은 용이하지 않다. 더욱이 근대법에서는 부동산 물권을 관념적 권리로 인식함에 따라서 점유를 대신할 수 있는 등기제도의 중요성은 매우 강조되고 있다고 할 수 있다. 이와 관련하여 일반적으로 법률행위로 인하여 부동산 물권을 취득하기 위해서는 등기소에 등기신청을 하는 과정이 수반된다. 그런데 현재의 등기신청 관행은 법무사 등에게 위임하는 것이 일반적인 모습이라고 할 수 있다. 현행 민법에 의하면 위임은 당사자 일방의 사망 또는 파산으로 인하여 종료된다(제690조). 그런데 위임이 종료된 경우라도 급박한 사정에 해당될 경우에는 수임인은 위임인이 위임사무를 처리할 수 있을 때까지 그 사무의 처리를 계속하도록 하고, 이 경우에는 위임의 존속과 동일한 효력이 있는 것으로 규정하고 있다(제691조). 따라

---

하면서, 예고등기 제도를 폐지하는 등 국민의 부동산에 관한 권리보전을 도모하고 거래의 안전성을 제고하는 내용의 부동산등기법 개정안을 입법예고하였다.

서 전술한 위임계약의 법리에 의하여 등기신청과 같은 사무처리의 경우에도 사망에 영향받음이 없이 수임인이 계속해서 적법하게 처리할 수 있는 것으로 볼 여지도 있다. 하지만, 위임은 당사자사이의 신뢰관계를 기초로 성립되는 것인데, 전술한 긴급사무처리의무는 당사자 사이의 관계가 갑자기 해소됨으로써 당사자가 손해를 입게 되는 것을 방지하기 위한 특칙으로 이해되므로 긴급사무처리에 등기신청을 일반적으로 포함시키는 것은 문제가 있다. 따라서 등기신청과 관련한 대리권 불소멸 규정을 신설하여 본인의 사망과 관계없이 등기신청 대리권을 인정할 실익이 있다.<sup>5)</sup> 즉 본인의 사망의 경우에도 등기신청 대리권이 소멸되지 않는다고 한다면, 대리인의 등기신청행위의 결과로 변경되는 권리관계에 대하여, 당해 채권행위가 무효 또는 취소사유가 아닌 한 상속인들은 이의를 제기하지 못하게 되어, 신속하게 권리관계를 확정할 수 있는 장점이 있다. 그런데 현재 등기신청업무를 법무사 등이 대부분 처리하고 있다는 점을 부인할 수 없지만, 등기신청의 경우에 사망 등에 의해서도 그 대리권이 소멸되지 않는 것으로 한다면 이들 이외의 자에 의한 등기신청의 경우에는 배신행위를 할 경우에 상속인들이 전면적으로 그 법적 책임을 저야하는 문제가 발생할 수 있다는 점에서 합리적인 범위에서 인적 범위의 제한을 고려할 필요성이 있다.<sup>6)</sup>

## 2. 전세권 일부이전에 있어서 공시문제

전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 그 용도에 따라 사용·수익하는 권리로써 전세금의 지급이 없으면 전세권은 성립될 수 없다는 점에서, 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소라고 보여 진다.<sup>7)</sup> 따라서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여

5) 판례는 “당사자가 사망한 경우라도 일정한 경우에 등기신청의 유효성을 인정하고 있다. 즉 소유권이전등기가 등기명의인의 사망 후에 경료되었다는 사유만으로 그 등기가 원인무효라고는 볼 수 없고, 등기원인이 이미 존재하고 있으나 아직 등기신청을 하지 않고 있는 동안에 등기권리자 또는 등기의무자에 관하여 상속이 개시된 경우 피상속인이 살아 있다면 그가 신청하였을 등기를 상속인이 신청하는 경우(부동산등기법 제47조 참조) 또는 등기신청을 등기공무원이 접수한 후 등기를 완료하기 전에 본인이나 그 대리인이 사망한 경우 등과 같이 그 등기의 신청이 적법한 이상 등기가 경료될 당시 등기명의인이 사망하였다는 이유만으로는 그 등기를 무효라고는 할 수 없다(대판 1989.10.27. 88다카29986); 등기가 등기의무자의 사후에 그 명의의 신청에 의한 것이라 할지라도 동 등기에 대한 등기의무자의 생전위임이 있었고 동 대리인이 그 권한에 의하여 신청한 것인 이상 그 등기를 무효라 할 수 없다”라는 입장이다(대판 1955.1.24. 4287민상200).

6) 김성욱, “집합건물의 하자 및 등기와 관련한 법적 문제”, 『법조』, 통권 637호, 법조협회, 2009, 354~357면.

7) 박순성, “전세권에 관한 판례의 동향과 전망”, 『21세기 한국민사법학의 과제와 전망』, 심당

양도하는 것은 원칙적으로 불가능하다.<sup>8)</sup> 이와 관련하여 판례는 존속기간의 만료 등으로 용익권으로서의 전세권이 소멸한 경우, 해당 전세권은 전세금반환채권을 담보하는 범위 내에서 담보권으로서는 유효한 것으로 보고 있다. 따라서 이 경우에 전세금반환채권의 전부는 물론 일부에 대한 양도도 가능하다는 입장이다.<sup>9)</sup> 이 경우의 전세권의 성질은 용익권이 아닌 담보권으로서 저당권과 유사한 것으로 보고 있는 것이다. 이러한 판례의 태도가 확고하게 정립되어 있다는 점을 고려한다면, 전세금반환채권의 일부 양도에 따라 전세권일부이전등기를 할 때에는 양도액을 등기하도록 하는 규정을 신설하여 입법화하는 것도 검토할 필요가 있다. 이미 채권의 일부양도에 따른 저당권이전등기를 할 때에 양도액을 기록하도록 하고 있다는 점을 고려한다면, 종래에 확고하게 정립되어 있는 판례의 경우에는 이를 입법화하더라도 불합리한 결과가 발생할 가능성은 적을 것으로 보여 진다. 만약 입법화한다면 전세권일부이전등기신청방법은 양도인과 양수인이 공동으로 신청하여야 할 것이고, 그 형식은 부기등기에 의할 것이다(부동산등기법 제156의2). 그런데 한 가지 유의할 부분이 있다. 전세권의 일부이전등기를 입법화한다면 그 신청시에 피담보채권의 양도에 관한 민법상의 대항요건(민법 제450조1항) 즉 양도의 통지를 증명하는 서면 또는 채무자의 승낙서를 이전등기신청시에 첨부하도록 할 필요성은 없는지 검토할 필요성이 있다. 논리적으로만 본다면, 채권양도의

송상현선생화갑기념논문집 간행위원회, 2002, 76면; 명순구, 「민법학 기초원리」, 세창출판사, 2003, 75면; 전세권의 담보물권성에 대한 자세한 내용은 다음의 것을 참조할 것. 이상태, “전세권의 담보물권성과 그에 따른 전세권의 해석론”, 「현대상사법논집」, 우계강회갑박사 화갑기념논문집 간행위원회, 2001.

- 8) 전세권은 전세금을 지급하고 타인의 부동산을 그 용도에 따라 사용·수익하는 권리로서 전세금의 지급이 없으면 전세권은 성립하지 아니하는 등으로 전세금은 전세권과 분리될 수 없는 요소일 뿐만 아니라, 전세권에 있어서는 그 설정행위에서 금지하지 아니하는 한 전세권자는 전세권 자체를 처분하여 전세금으로 지출한 자본을 회수할 수 있도록 되어 있으므로 전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 허용되지 않는 것이며, 다만 전세권 존속 중에는 장래에 그 전세권이 소멸하는 경우에 전세금 반환채권이 발생하는 것을 조건으로 그 장래의 조건부 채권을 양도할 수 있을 뿐이라 할 것이다(대판 2002.8.23. 2001다69122).
- 9) 전세권설정등기를 마친 민법상의 전세권은 그 성질상 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비한 것으로서, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능은 전세권설정등기의 말소 없이도 당연히 소멸하고 단지 전세금반환채권을 담보하는 담보물권적 권능의 범위 내에서 전세금의 반환시까지 그 전세권설정등기의 효력이 존속하고 있다 할 것인데, 이와 같이 존속기간의 경과로서 본래의 용익물권적 권능이 소멸하고 담보물권적 권능만 남은 전세권에 대해서도 그 피담보채권인 전세금반환채권과 함께 제3자에게 이를 양도할 수 있다 할 것이지만 이 경우에는 민법 제450조 제2항 소정의 확정일자 있는 증서에 의한 채권양도절차를 거치지 않는 한 위 전세금반환채권의 압류·전부 채권자 등 제3자에게 위 전세보증금반환채권의 양도사실로써 대항할 수 없다(대판 2005.3.25. 2003다35659).

통지 또는 승낙은 채권양도의 제3자에게 대한 대항요건이지 등기원인인 채권양도계약의 성립요건은 아니다. 따라서 이들 서면은 첨부할 필요가 없다고 보아야 한다. 그 결과가 현행 법원의 입장을 고려한다면 다음과 같은 법적 문제가 발생할 수 있다. 전세기간 만료 이후 전세권양도계약 및 전세권이전의 부기등기가 이루어진 것만으로는 전세금반환채권의 양도에 관하여 확정일자 있는 통지나 승낙이 있었다고 볼 수 없어 이로써 제3자인 전세금반환채권의 압류·전부 채권자에게 대항할 수 없다는 것이다.<sup>10)</sup> 이러한 판례는 계속적으로 집적될 것으로 예상된다. 그렇다면 이러한 판례의 양산을 방지한다는 점에서, 전세권이전등기신청시에 피담보채권의 성질이 있는 전세금양도의 통지를 증명하는 서면 또는 채무자의 승낙서를 첨부하도록 하는 것을 검토하는 것도 함께 논의될 필요가 있다고 생각한다.<sup>11)</sup>

### 3. 공동저당의 공시문제

「민법」 제368조제2항에 의하면 공동저당이 설정되어 있는 경우에 채권자가 그 중 일부 부동산에 관해서만 저당권을 실행하여 채권전부를 변제받은 경우에, 후순위저당권자는 공동담보로 제공되어 있는 다른 부동산에 대하여 선순위자를 대위하여 저당권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 관련하여 현행 부동산등기법에서는 이에 관한 등기절차가 마련되어 있지 않기 때문에 그 동안 「민법」 제368조제2항의 저당권 대위등기를 할 수 있는지 여부에 관하여 논란이 있었다. 최근에 입법예고된 부동산등기법 전면개정안에서는 공동저당 대위에 관한 규정을 신설하여 「민법」 제368조제2항의 저당권 대위가 발생한 경우 이를 등기할 수 있도록 하였다. 이에 따라서 저당권의 대위로 저당권자가 변경되므로 이에 따른 등기신청은 등기의무자인 선순위저당권자와 등기권리자인 후순위저당권자가 공동으로 신청하여야 한다. 그리고 등기관은 저당권대위등기를 할 때에는 매각 부동산, 매각대금 및 선순위저당권자가 변제받은 금액을 기록하여야 하고, 또한 등기관이 공동저당의 대위등기를 할 때에는 대위자가 갖는 채권 즉, 매각부동산 위에 존재하는 차순위저당권의 피담보채권에 관한 내용도 함께 기록하여야 한다.

한편, 공동저당의 대위등기 규정의 신설이유는 현행 부동산등기법에 공동저당에 관한 등기절차가 마련되어 있지 않아 그 동안 「민법」 제368조제2항의 저당권 대위등기를 할 수 있는지 여부에 관하여 논란이 있었기 때문이라고 한다. 그런데 이미 등기실무에서는 대위에 의한 저당권이전의 부기등기를 하고 있다는 점에서 실무상의 특별한 문

10) 대판 2005.3.25. 2003다35659.

11) 김성욱, "집합건물의 공시제도에 관한 연구", 「집합건물법학」, 제4호, 한국집합건물법학회, 2009.

제가 발생할 가능성은 크지 않다고 보여 진다. 오히려 다음과 같은 점에서 개정안의 신설규정을 검토할 필요가 있다. 경매한 부동산의 차순위저당권자는 선순위저당권자가 다른 부동산의 경매대가에서 변제를 받을 수 있는 금액의 한도에서 선순위를 대위하여 저당권을 행사할 수 있게 된다. 왜냐하면 대위의 법적 효과는 대위에 의하여 공동저당권자의 저당권이 후순위저당권자에게 이전되기 때문이다. 이것은 법률의 규정에 의한 물권변동(민법 제368조2항)이므로 등기를 요하지 않는다(민법 제187조). 따라서 대위로 인하여 저당권이 이전되었음에도 불구하고 등기를 경료할 필요가 없다. 그 결과 다음과 같은 문제가 발생할 수 있다. 공동저당권자의 저당권설정등기가 말소되고 그 후 제3자를 위한 새로운 저당권설정등기가 된 경우에, 거래안전을 위하여 대위의 부기등기 없이 새로운 저당권자에 대하여 대위를 주장할 수 없다고 보아야 하는지, 아니면 신저당권을 설정하려는 자는 등기부록 보고 예전에 공동저당권이 말소되었다는 사실과 현재 후순위저당권이 있다는 사실을 알 수 있었기 때문에 특별히 보호할 필요가 없으므로 새로운 저당권자에 대하여 대위를 주장할 수 있다고 보아야 되는지 문제가 된다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 부동산등기법 개정안에 공동저당의 대위등기 규정의 신설보다는 오히려 다른 측면에서 접근할 필요성이 있다. 즉 187조에 의한 물권변동이라는 점을 고려하여 장래의 선의의 이해관계인을 보호하기 위해서는 법원이 대위로 인한 저당권이전의 부기등기를 촉탁할 수 있는 규정을 신설함으로써 공동저당의 대위등기제도를 대체하는 것은 어떠할지 검토할 필요성이 있다. 만약 이를 인정한다면 등기절차의 간명화를 넘어서 실체적 법률관계를 효율적으로 조정할 수 있다는 점에서 의미가 있다. 이러한 입법론이 반영된다면, 종래의 공동저당권자의 저당권설정등기가 말소되고 그 후 제3자를 위한 새로운 저당권설정등기가 되어있는 경우에, 대위의 부기등기 없이 새로운 저당권자에게 대하여 대위를 주장할 수 있겠는가의 비판을 입법적으로 해결하는 것으로 일정한 의미가 있다고 보여 진다.<sup>12)</sup>

#### 4. 물권변동의 효력부정에 있어서 예고등기의 문제

예고등기는 기존등기의 등기원인의 무효 또는 취소로 인한 등기의 말소 또는 회복의 소가 제기된 경우에 수소법원의 직권에 의한 촉탁으로 등기부에 그와 같은 소가 제기된 사실을 기재하여 제3자에게 경고를 하는 등기이다(부동산등기법 제4조, 제39조).<sup>13)</sup>

12) 김성욱, "부동산등기법 개정안에 관한 고찰", 「법학논총」, 제34권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2010, 409면.

13) 황정근, "예고등기 촉탁의 간과와 국가배상책임", 「민사판례연구」, 제22집, 민사판례연구회.

부동산등기법은 예고등기를 할 수 있는 경우를 규정하고 있다. 첫째 등기원인의 무효 또는 취소로 인한 등기의 말소 또는 회복의 소가 제기된 경우이다. 여기서 등기원인이라 단순히 등기부에 기재되어 있는 매매 또는 증여 등 법률행위와 같은 것만을 뜻하는 것이 아니라 실질적으로 그 등기를 하게 된 원인관계의 전부를 포함한다. 따라서 등기부에 등기원인의 기재가 없는 소유권보존등기에 대하여 그 말소소송이 제기되면 예고등기를 할 수 있다. 예를 들어 갑이 그가 신축한 건물에 관하여 을이 무단으로 보존등기를 한 경우에 그 등기의 말소에 관한 소를 제기한 경우가 이에 해당한다. 그리고 등기원인이 무효 또는 취소되는 경우에는 등기원인인 법률행위의 부존재 또는 불성립의 경우까지 포함된다. 둘째, 등기원인의 취소로 인한 경우에 있어서는 그 취소로써 선의의 제3자에게 대항할 수 있는 경우이다. 이렇게 예고등기는 어느 부동산에 관하여 법률행위의 연속과 이를 반영하는 등기의 연속이 존재하는 경우에 법률행위의 연속이 중도에 단절된 때에 등기의 연속을 신뢰한 제3자를 보호하는 제도이므로, 설사 법률행위의 연속이 중도에서 단절되더라도 이것이 선의의 제3자에게 대항할 수 없는 것인 때에는 그의 출현에 의하여 연속이 유지되므로 예고등기를 할 필요가 없게 된다. 따라서 예고등기는 등기원인이 무효이던 취소이던 이를 가리지 않고 그것이 소급적으로 절대 무효의 경우에 인정된다.<sup>14)</sup>

만약에 등기에 공신력이 인정된다면 예고등기가 반드시 필요한 것은 아니다. 소의 계속중이라 하더라도 기존등기를 신뢰한 선의의 제3자는 보호되고 그대로 권리를 취득할 수 있기 때문이다. 따라서 제3자가 불측의 손해를 입을 염려도 없으며 법원이 공익적 배려를 할 필요도 없다. 그런데 우리나라의 부동산 등기에는 권리의 추정적 효력밖에 인정하고 있지 아니하므로 등기를 신뢰한 제3자의 보호문제가 비로소 제기되는 것이다. 이렇게 예고등기는 공신력을 가지지 아니하는 우리나라의 등기제도에 관하여 하나의 보완적 기능을 가지는 제도라고 생각할 수 있다. 따라서 예고등기제도를 현행대로 유지할 경우에 등기명의인이 거래상 받는 불이익이 크다는 비판도 설득력을 가진

2000, 279~280면: 만일에 제기된 소가 이유있는 것으로 확정하면 제쟁의 등기는 처음부터 무효이었던 것이 되므로, 등기에 공신력이 인정되지 않는 우리 법제하에서는 그 등기를 신뢰해서 거래하는 제3자는 불측의 손해를 입게 될 염려가 있기 때문에, 그러한 제3자에게 경고를 주어서 보호할 목적으로 행하여지는 등기가 예고등기인 것이다. 그러나 등기원인의 무효 또는 취소를 가지고 선의의 제3자에게 대항할 수 없는 경우에는 비록 제쟁의 등기가 무효로 확정되더라도 선의의 제3자에 대한 관계에서는 유효한 것으로 다루어지기 때문에 선의의 제3자가 불측의 손해를 입을 염려는 없다(곽윤직, "예고등기에 관하여", 「법학」, 22권3호, 서울대학교 법학연구소, 1981, 72~73면).

14) 전제원, "예고등기", 「사법서사」, 통권 225호, 대한사법서사협회, 1986, 4~5면.



다. 그런데 예고등기제도는 등기원인이 무효 또는 취소사유가 존재하여 그 법적 효력이 인정될 수 없는 예외적인 상황에서 등기명의인이 부동산을 처분함으로써 선의의 제3자에게 불측의 손해를 주어 거래안전이 불안정하게 되는 것을 방지할 수 있는 장점이 있고, 또한 법원의 촉탁에 의하여 이루어진다는 점에서 등기경제적인 측면에서도 유용한 제도라고 생각된다. 따라서 아무런 대안을 마련함이 없이, 이해관계인이 처분금지가처분을 하도록 사실상 강제하는 입법론은 재고할 필요성이 있다. 왜냐하면 경매 등에서의 악용되는 사례는 전체 부동산거래의 실정을 고려할 경우에 일부에 지나지 않기 때문이다. 또한 전면적으로 폐지할 경우에 제3자가 당해 매매목적물에 대한 조사 비용을 추가적으로 감당해야 할 뿐만 아니라 무효 또는 취소소송을 제기한 당사자도 자신의 비용으로 처분금지가처분에 대한 비용을 부담해야 한다는 점에서 문제가 있다고 보여 진다. 따라서 등기원인이 무효 또는 취소사유가 있어서 물권이전의 효력이 무효화될 경우에 등기에 공신의 원칙을 인정하지 않고 있는 현행 물권법의 체계를 고려할 경우에, 일부의 사람이 법률을 악용하는 것을 일반화시켜서 예고등기제도의 순기능을 형해화시키는 예고등기제도의 폐지는 문제가 있다고 보여 진다. 오히려 무효 또는 취소소송이 제기되면 법원이 처분금지 가처분등기의 촉탁을 할 수 있는 규정을 신설한다면, 이것은 단순한 경고를 넘어서 실질적으로 거래안전이 보호될 수 있을 뿐만 아니라 이해관계인의 소송경제측면에서도 유용성이 있다고 생각한다. 부동산거래의 안전을 기하는 것은 개인적 차원의 문제라기보다는 국가의 책무에 속하는 부분이기 때문이다.<sup>15)</sup>

### Ⅲ. 집합건물에 있어서 물권변동의 공시문제

#### 1. 구분소유관계의 공시문제

일반적으로 외형상 1동의 건물은 그 전체로서 하나의 소유권이 성립하는 것이 원칙이지만, 예외적으로 구조상 구분된 수개의 부분이 독립된 건물로서 사용될 수 있는 경우에는 그 구분된 각 부분도 독립한 소유권의 객체로 삼을 수 있다(민법 제215조, 집합건물법 제1조). 이 경우 1동의 건물 중 독립된 구분소유권의 대상이 되는 구분된 건물 부분을 구분건물이라 하고, 그와 같은 1동의 건물 자체를 집합건물이라 한다. 집합건물은 1층으로 된 연립주택과 같이 1동의 건물을 수직적(종단적)으로 구분한 소규모의 중

15) 김성욱, “부동산등기법 개정안에 관한 고찰”, 415면.

할건물과 1동의 빌딩을 제층마다 구분하여 소유하는 형태와 같이 1동의 건물을 수평적·횡단적으로 구분한 횡할건물 및 아파트와 같은 공동주택처럼 1동의 건물을 수평으로 구분하고 또 각각을 수직으로 구분한 종·횡할건물의 3가지 형태로 나누어 볼 수 있다.<sup>16)</sup> 그리고 집합건물의 일부분에 대하여 구분소유권이 성립하기 위해서는 일정한 요건을 충족하여야 한다. 즉 집합건물의 일정한 구분부분이 구조상 및 이용상 다른 부분과 독립되어 있어야 하고, 또한 소유자가 그 건물을 구분소유권의 객체로 하려는 의사 표시, 즉 구분행위가 존재하여야 한다. 종래에는 구분상의 독립성을 엄격하게 요구하였기 때문에 상가내의 구분점포의 경우에는 이러한 요건을 충족할 수 없었기 때문에 법적 규율에 흠결이 존재하였다. 이들 소규모의 점포의 경우에는 전유부분에 해당하는 각 점포의 면적을 전체면적으로 나눈 비율로 지분등기를 할 수밖에 없었기 때문에 담보제공에 어려움이 있었다.<sup>17)</sup> 이에 따라서 2004년에 시행된 집합건물법 개정 법률은 이러한 사정을 고려하여 집합건물 내에 위치한 상가점포의 경우에도 일정한 요건을 갖춘 경우에는 구분소유권의 대상이 될 수 있도록 그 적용범위를 확대하였다(제1조의2).

한편, 부동산의 현황과 권리관계를 공시하는 대표적인 국가장부에는 대장과 등기부가 있다. 대장은 부동산에 대한 과세·징세를 위하여 행정관청<sup>18)</sup>이 관리하는 공적 장부로서 토지대장, 임야대장, 건축물관리대장 등이 이에 속한다. 이러한 대장을 규율하는 법원(法源)에는 건축법과 지적법이 있다. 그리고 등기부는 권리관계의 변동을 공시하는 공적 장부로서 국가기관인 법원에 의해서 관리되고 있으며, 이러한 등기부를 규율하는 법원(法源)에는 부동산등기법이 있다. 만약 대장과 등기부와 일치하지 않는 경우에는 어떻게 하여야 하는지 문제가 된다. 현행법에 의하면, 물체적 상황에 대해서는 대장의 기재를 기초로 등기부를 기재하도록 규정하고 있고(부동산등기법 제55조 제10호), 권리의 변동에 대해서는 등기부의 기재를 기초로 대장을 기재하도록 하여 양자를 일치시키고 있다(지적법 제24조, 제29조). 예를 들어 등기부에 적힌 부동산의 표시가 토지대장·임야대장 또는 건축물관리대장과 일치하지 아니하는 경우에 그 부동산 소유권의 등기명의인은 부동산 표시의 변경등기를 하지 아니하면 그 부동산에 대하여 다른 등기를 신청할 수 없다. 또한 등기부에 적힌 등기명의인의 표시가 토지대장·임야대장 또는 건축물관리대장과 일치하지 아니하는 경우에는 그 등기명의인은 등록명

16) 玉田弘毅, 「注解建物區分所有法」, 第一法規, 1979, 40~41面; 김기정, “집합건물의 집행을 둘러싼 몇 가지 법률문제에 대한 고찰”, 「사법논집」, 제27집, 법원도서관, 1996, 11면.

17) 박경량, “상업용 집합건물의 전유부분 요건”, 「무등춘추」, 제8호, 광주지방변호사회, 2004, 101면.

18) 이에 시장, 군수, 구청장 등이 된다.

의인 표시의 변경등록을 하지 아니하면 해당 부동산에 대하여 다른 등기를 신청할 수 없다(부동산 등기법 제56조). 따라서 등기부의 표시변경은 대장의 기재를 기초로 등기부를 대장과 일치시키는 변경을 한 이후에 가능하게 된다.

그런데 건축물관리대장이나 건물등기부 모두 건물의 현황관계를 공시하고 있는 국가공부임에는 분명하지만, 당해 건물이 집합건물법상의 구조상, 이용상 요건을 갖추지 못한 경우라면, 비록 건축물관리대장에 집합건물로 등재되어 있거나 또는 부동산등기부에 구분소유관계의 공시가 되어 있다고 하더라도 이러한 공부상의 현황표시는 구분소유관계의 인정여부에 아무런 영향을 미치지 않는다. 이 경우에는 공부상에 등재되어진 내용과 상관없이 구분소유관계가 인정될 수 없다.<sup>19)</sup> 따라서 건축물관리대장과 건물등기부 중 어느 것을 기준으로 하여 양 공부를 일치시키기 보다는 건물의 외관상 요건(구조상·이용상의 독립성)과 구분행위의 존재여부를 기초로 하여 실제 거래상황 등을 통하여 건축물관리대장과 부동산등기부를 일치시켜야 한다.<sup>20)</sup>

## 2. 대지권의 미등기 문제

집합건물을 신축하여 분양한 자가 대지사용권을 갖고 있지만 지적정리의 미완결 등의 사유로 대지권등기를 하지 못한 채 구분건물에 대하여만 수분양자 앞으로 이전등기를 한 경우, 또는 위 분양자가 그 건물의 대지사용권을 나중에 취득하여 이전하기로 약정하고 우선 구분건물에 대하여만 수분양자 앞으로 이전등기를 한 경우에 현재의 구분건물의 소유명의인이 대지권등기를 어떻게 할 것인가가 문제된다. 구분건물의 소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 건물의 대지에 대하여 가지는 권리를 대지사용권이라고 한다(집합건물법 제2조 제6호).<sup>21)</sup> 이러한 대지사용권은 소유권에 기할 수도 있고, 소유

19) 각 점포가 구조상 독립성을 갖추지 못한 경우 등기부상으로도 구분된 개개의 소유권의 객체로 등재되어 있으며 시장부지의 공유지분권과는 별개로 독립하여 거래되어 왔다는 사정이 있다 하더라도 각 점포를 독립한 소유권의 객체로 인정할 수 없다(대판 1995.6.9. 94다40239); 다른 부분과 구분, 격리시킬 수 있는 시설이 존재하지 아니하여 독립한 건물로서의 용도에 제공될 수 있는 상태에 있지 아니하므로 그에 관한 구분소유의 등기는 무효이다(대판 1993.3.9. 92다41214); 구분소유권의 객체로서 적합한 물리적 요건을 갖추지 못한 건물의 일부는 그에 관한 구분소유권이 성립될 수 없는 것이어서, 건축물관리대장상 독립한 별개의 구분건물로 등재되고 등기부상에도 구분소유권의 목적으로 등기되어 있어 이러한 등기에 기초하여 경매절차가 진행되어 이를 낙찰받았다고 하더라도, 그 등기는 그 자체로 무효이므로 낙찰자는 그 소유권을 취득할 수 없다(대판 1999.11.9. 99다46096).

20) 김성욱, "집합건물의 구분소유와 공시문제", 「민사법학」, 제47호, 한국민사법학회, 2009, 398~400면.

권이외의 용익권에 기하여 인정될 수도 있다. 그리고 대지사용권으로서 건물과 분리하여 처분할 수 없는 것을 대지권이라고 한다(부동산등기법 제42조 제4항).<sup>22)</sup> 현행법은 구분건물의 현 소유명의인은 분양자와 공동으로 대지사용권에 관한 이전등기를 신청할 수 있으며, 위 신청과 동시에 단독으로 대지권등기를 신청할 수 있도록 규정하고 있다(부동산등기법 제57조의3). 구분건물이 전전양도된 경우라 하더라도 전유부분의 최종 소유명의인은 중간자 명의의 등기를 할 필요 없이 분양자로부터 곧바로 자신에게 지분 이전등기를 공동 또는 판결을 얻어 단독으로 신청할 수 있도록 하여 중간생략등기를 명시적으로 허용하고 있다. 그 이유는 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따르기 때문에 구분건물의 소유자는 전유부분에 대한 소유권이전등기를 경료함으로써 대지에 대한 지분이전등기가 되기 전이라도 이미 대지사용권을 취득한 것이므로 굳이 중간자 명의의 지분이전등기를 거칠 필요가 없기 때문이다.

한편 대지권등기의 문제는 집합건물에 대한 보존등기의 완료이후에 분양자에게 이전등기를 하였지만, 당해 집합건물등기부에는 대지권등기가 되지 않은 경우에 부동산 특별조치법상의 등기해태사유에 해당되는지 검토할 필요가 있다. 일반적으로 토지소유권이 대지권인 경우에 그 뜻의 등기를 한 경우에는 그 토지의 등기용지에 소유권이전등기를 하지 못하게 된다(부동산등기법 제135조의 2). 그리고 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따르도록 규정하고 있다(집합건물법 제20조). 이와 관련하여 법원은 “구분건물의 전유부분에 대한 소유권보존 또는 이전등기만 경료되고 대지지분에 대한 등기가 경료되기 전에 전유부분에 대하여서만 양도담보를 원인으로 한 소유권이전등기가 경료된 경우 그 양도담보의 효력은, 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 대지사용권에까지 미친다.”<sup>23)</sup>라는 입장이다. 따라서 대지권은 구분소유권의 종된 권리로서 부종성이 있을 뿐만 아니라 대지권의 등기는 구분건물과 일체화된 대지사용권이 있음을 집합건물등기부의 전유부분 표제부에 공시하는 것에 불과하므로 그 법적 성질은 구분건물의 표시등기이지, 물권변동을 공시하는 권리등기라고 할 수 없다는 점에서 대지권 등기의무는 부동산등기특별조치법상의 등기의무에 해당되지 않는 것으로 볼 여지도 있다. 그런데 대지권의 등기를 집합건물등기부에 하게 하는 이유는 토지상의 권리와 건물상의 권리 관계를 일체화하여 그 이전을 동시에 함으로써 실체관계에 부합하는 부동산거래를 확립시키기 위한 것으로 볼 수 있고, 부동산등기특별조치법의 목적 역시 부동산의 실체

21) 법원행정처 편, 「부동산등기실무(Ⅲ)」, 2007, 157면.

22) 신연숙, 「집합건물의 등기」, 육법사, 2002, 62면.

23) 대판 2008.11.27. 2008다60742.

적 권리관계에 부합하는 등기를 강제하려는데 있다고 할 수 있다(부동산등기특별조치법 제1조). 그렇다면 대지권등기의 경우에도 종래의 대지사용권이 지상권 등이 아닌 소유권인 경우에는 부동산등기특별조치법상의 등기신청의무가 인정되고, 이를 해태하는 경우에는 과태료가 부과될 수 있다고 보여 진다.

### 3. 구분건물의 성립여부와 관련한 등기관의 실질적 심사권

집합건물법 및 부동산등기법 중 개정 법률의 시행(1985. 4. 10) 이전에는 사실상 구분건물의 요건을 구비하지 아니한 건물이 건축물관리대장에 구분건물로 등록되고, 그 대장등본에 기하여 소유권보존등기의 신청이 있으면 등기공무원으로서 그 건물이 구분건물의 요건을 구비한 여부를 실질적으로 조사할 권한이 없었기 때문에 그 등기신청을 수리할 수밖에 없었다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 등기관에게 구분건물인지 여부에 관하여 실질적 심사권을 부여하여 구분건물이 아닌 경우에 구분건물로서 등기신청을 하는 경우에는 이를 각하할 수 있는 규정이 신설되었던 것이다(제56조의2, 제55조제13호). 이와 관련하여 구분건물인지 여부는 건축물관리대장 소관청에서 판단하는 것이 타당하기 때문에 구분건물의 표시에 관한 등기관의 실질적 심사권을 폐지할 필요성은 없는지 검토할 필요성이 있다. 생각건대, 등기공무원의 실질적 심사권을 폐지한다면, 집합건물법 제61조도 함께 폐지될 것으로 보여 진다. 그런데 이 규정은 대장소관청이 집합건물로 등록을 거부할 경우에 직접 관할등기소에 등기의 신청을 할 수 있도록 함으로써 저렴한 비용으로 구분소유여부를 다시 다룰 수 있는 장점이 있고, 또한 이 규정에 의하면 건축물관리대장에 등록하지 않고 바로 건물의 구분등기가 이루어질 가능성이 있기 때문에, 이러한 경우에 해당한다면 전유부분의 표시에 관하여 등기부의 기재가 건축물관리대장의 기재를 대신하게 되므로, 그 건물의 구분등기시기 구분소유관계의 성립시점이 될 것이다. 따라서 집합건물법 제61조의 경우에 해당할 경우에 등기관의 실질적 심사권을 폐지한다면 이 경우에 무엇을 근거로 구분소유의 여부를 판단해야 하는지의 문제도 발생할 수 있다. 따라서 등기공무원의 실질적 심사권의 폐지논의는 신중해야 한다는 견해도 설득력이 있다. 그런데 집합건물법은 제56조 제2항을 살펴보면, 예를 들어 건물신축 등으로 구분건물의 건축물관리대장 신규등록을 신청할 경우에는 그 신청서에 건물의 도면, 각 층의 평면도를 첨부하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 제59조를 살펴보면, 구분건물의 건축물관리대장 비치의무를 부담하는 소관청에 대하여 건물신축자의 신규등록신청이 있는 경우에 소속 공무원으로 하여금 건물의 표시에 관한 사항을 조사하게 할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 제60조 제

1항에서는 소관청이 관계공무원의 조사결과 그 신고내용이 부당하다고 인정될 때에는 그 취지를 기재하여 정정을 명하고, 그 신고내용을 정정하여도 그 건물의 상황이 제1조의 규정에 부합하지 아니한다고 인정할 때에는 그 등록을 거부하고, 그 건물 전체를 하나의 건물로 하여 일반의 건축물관리대장에 이를 등록하여야 한다고 규정하고 있다. 이러한 집합건물법의 규정을 고려해본다면, 집합건물의 구분소유여부에 관하여 건축물관리대장의 기재가 건물의 현황에 정확히 일치하도록 담보하는 조치를 마련하고 있다고 볼 수 있다. 또한 현재 실무상 등기관의 실질적심사권의 행사에 의하여 등기가 이루어진 사례는 거의 찾아 볼 수 없어 사실상 사문화되었다고 볼 수 있다. 그렇다면 집합건물에 대한 구분소유관계의 인정여부는 건축물관리대장 소관청에서 판단하는 것도 설득력을 가진다고 보여 진다.<sup>24)</sup>

## N. 결 론

이 논문은 부동산 물권변동의 공시문제를 일반 부동산의 경우와 집합건물을 유형화하여 검토한 것으로 그 주요한 내용은 다음과 같다.

첫째, 등기신청과 관련한 대리권 불소멸 규정을 신설하여 본인의 사망과 관계없이 등기신청 대리권을 인정할 필요성이 있는지 검토하였다. 종래 하급심은 이를 인정하지 않는다는 전제에서 무권행위로서 무효로 평가하기도 하였다. 그런데 만약 이를 인정한다면 대리인의 등기신청행위의 결과로 변경되는 권리관계에 대하여 당해 채권행위가 무효 또는 취소사유가 아닌 한 상속인들은 이의를 제기하지 못하게 되어 신속하게 권리관계를 확정할 수 있다. 이와 관련하여 현재 등기신청업무를 법무사 등이 대부분 처리하고 있지만, 이들 이외의 자에 의한 등기신청의 경우에는 배신행위를 할 경우에 상속인들이 전면적으로 그 법적 책임을 져야하는 문제가 발생할 수 있다는 점에서 인적 범위를 제한할 필요성이 있다.

둘째, 전세권의 일부이전등기를 입법화한다면 그 신청시에 피담보채권의 양도에 관한 민법상의 대항요건(민법 제450조1항), 즉 양도의 통지를 증명하는 서면 또는 채무자의 승낙서를 이전등기신청시에 첨부하도록 할 필요성은 없는지 검토할 필요성이 있다. 논리적으로만 본다면, 채권양도의 통지 또는 승낙은 채권양도의 제3자에게 대한 대항요건이지 등기원인인 채권양도계약의 성립요건은 아니다. 따라서 이들 서면은 첨부

24) 김성욱, "집합건물의 구분소유와 공시문제", 「민사법학」, 제47호, 한국민사법학회, 2009, 394~395면.

할 필요가 없다고 보아야 한다. 그 결과가 현행 법원의 입장을 고려한다면 다음과 같은 법적 문제가 발생할 수 있다. 전세기간 만료 이후 전세권양도계약 및 전세권이전의 부기등기가 이루어진 것만으로는 전세금반환채권의 양도에 관하여 확정일자 있는 통지나 승낙이 있었다고 볼 수 없어 이로써 제3자인 전세금반환채권의 압류·전부 채권자에게 대항할 수 없다. 이러한 판례는 계속적으로 집적될 것으로 예상된다. 그렇다면 이러한 판례의 양산을 방지한다는 점에서, 전세권이전등기신청시에 피담보채권의 성질이 있는 전세금양도의 통지를 증명하는 서면 또는 채무자의 승낙서를 첨부하도록 하는 것을 검토하는 것도 함께 논의될 필요가 있다고 생각한다.

셋째, 최근에 입법예고된 부동산등기법 전면개정안은 공동저당의 대위등기 규정을 신설하였다. 이 규정이 신설된 이유는 현행 부동산등기법에 공동저당에 관한 등기절차가 마련되어 있지 않아 그 동안 「민법」 제368조제2항의 저당권 대위등기를 할 수 있는지 여부에 관하여 논란이 있었기 때문이었다. 그런데 이미 등기실무에서는 대위에 의한 저당권이전의 부기등기를 하고 있다는 점에서 실무상의 특별한 문제가 발생할 가능성은 크지 않다고 보여 진다. 오히려 부동산등기법 개정안에 공동저당의 대위등기 규정의 신설보다는 오히려 다른 측면에서 접근할 필요성이 있다. 즉 187조에 의한 물권변동이라는 점을 고려하여 장래의 선의의 이해관계인을 보호하기 위해서는 법원이 대위로 인한 저당권이전의 부기등기를 촉탁할 수 있는 규정을 신설함으로써 공동저당의 대위등기제도를 대체하는 것은 어떠할지 검토할 필요성이 있다. 만약 이를 인정한다면 등기절차의 간명화를 넘어서 실제적 법률관계를 효율적으로 조정할 수 있다는 점에서 의미가 있다. 이러한 입법론이 반영된다면, 종래의 공동저당권자의 저당권설정등기가 말소되고 그 후 제3자를 위한 새로운 저당권설정등기가 되어있는 경우에, 대위의 부기등기 없이 새로운 저당권자에게 대하여 대위를 주장할 수 있겠는가의 비판을 입법적으로 해결하는 것으로 일정한 의미가 있다고 보여 진다.

넷째, 예고등기제도를 현행대로 유지할 경우에 등기명의인이 거래상 받는 불이익이 크다는 비판도 설득력을 가진다. 그런데 예고등기제도는 등기원인이 무효 또는 취소사유가 존재하여 그 법적 효력이 인정될 수 없는 예외적인 상황에서 등기명의인이 부동산을 처분함으로써 선의의 제3자에게 불측의 손해를 주어 거래안전이 불안정하게 되는 것을 방지할 수 있는 장점이 있고, 또한 법원의 촉탁에 의하여 이루어진다는 점에서 등기경제적인 측면에서도 유용한 제도라고 생각된다. 따라서 아무런 대안을 마련함이 없이, 이해관계인이 처분금지가처분을 하도록 사실상 강제하는 입법론은 재고할 필요성이 있다. 왜냐하면 경매 등에서의 악용되는 사례는 전체 부동산거래의 실정을 고려할 경우에 일부에 지나지 않기 때문이다. 또한 전면적으로 폐지할 경우에 제3자가

당해 매매목적물에 대한 조사비용을 추가적으로 감당해야할 뿐만 아니라, 무효 또는 취소소송을 제기한 당사자도 자신의 비용으로 처분금지처분에 대한 비용을 부담해야 하는 문제가 발생한다. 따라서 소수의 사람들이 법률을 악용하는 것을 일반화시켜서 예고등기제도의 순기능을 형해화시키는 예고등기의 폐지는 문제가 있다고 보여진다. 오히려 무효 또는 취소소송이 제기되면 법원이 처분금지 가처분등기의 촉탁을 할 수 있는 규정을 신설한다면, 이것은 단순한 경고를 넘어서 실질적으로 거래안전이 보호될 수 있을 뿐만 아니라 이해관계인의 소송경제측면에서도 유용성이 있다고 생각한다. 부동산거래의 안전을 기하는 것은 개인적 차원의 문제라기보다는 국가의 책무에 속하는 부분이기 때문이다.

다섯째, 건축물관리대장이나 건물등기부 모두 건물의 현황관계를 공시하고 있는 국가공부임에는 분명하지만, 당해 건물이 집합건물법상의 구조상, 이용상 요건을 갖추지 못한 경우라면, 비록 건축물관리대장에 집합건물로 등재되어 있거나 또는 부동산등기부에 구분소유관계의 공시가 되어 있다고 하더라도 이러한 공부상의 현황표시는 구분소유관계의 인정여부에 아무런 영향을 미치지 않는다. 이 경우에는 공부상에 등재되어진 내용과 상관없이 구분소유관계가 인정될 수 없다. 따라서 건축물관리대장과 건물등기부 중 어느 것을 기준으로 하여 양 공부를 일치시키기 보다는 건물의 외관상 요건(구조상·이용상의 독립성)과 구분행위의 존재여부를 기초로 하여 실제 거래상황 등을 통하여 건축물관리대장과 부동산등기부를 일치시켜야 한다.

여섯째, 대지권 등기문제와 관련하여 집합건물등기부에 대지권의 등기를 하게 하는 이유는 토지상의 권리와 건물상의 권리관계를 일체화하여 그 이전을 동시에 함으로써 실제관계에 부합하는 부동산거래를 확립시키기 위한 것으로 볼 수 있고, 부동산등기특별조치법의 목적 역시 부동산의 실제적 권리관계에 부합하는 등기를 강제하려는데 있다고 할 수 있다. 그렇다면 대지권등기의 경우에도 종래의 대지사용권이 지상권 등이 아닌 소유권인 경우에는 대지권등기를 할 수 있는 경우에는 부동산등기특별조치법에 정하고 있는 일정한 기간내에는 등기신청을 하여야 하고, 이를 해태하는 경우에는 과태료가 부과될 수 있다고 보여진다.

일곱째, 구분건물인지 여부는 건축물관리대장 소관청에서 판단하는 것이 타당하기 때문에 구분건물의 표시에 관한 등기관이 실질적 심사권을 폐지할 필요성은 없는지 검토할 필요성이 있다. 현행 집합건물법은 집합건물의 구분소유여부에 관하여 건축물관리대장의 기재가 건물의 현황에 정확히 일치하도록 담보하는 조치를 마련하고 있다. 또한 현재 실무상 등기관의 실질적심사권의 행사에 의하여 등기가 이루어진 사례는 거의 찾아 볼 수 없어 사실상 사문화되었다고 볼 수 있다. 그렇다면 집합건물에 대한



구분소유관계의 인정여부는 건축물관리대장 소관청에서 판단하는 것도 설득력을 가진다고 보여 진다.

## 참고문헌

- 명순구, 「민법총칙」, 법문사, 2007.
- \_\_\_\_\_, 「민법학 기초원리」, 세창출판사, 2003.
- 법원행정처 편, 「부동산등기실무 I」, 법원행정처, 2007.
- 신언숙, 「집합건물의 등기」, 육법사, 2002.
- 강석규, “구분소유건물의 관리비체납에 대한 특정승계인의 책임”, 「재판실무」, 2집, 창원지방법원, 2005.
- 강대성, “물권행위에 있어서의 여러 문제”, 「민사법이론과 실무」, 제8권 2호, 민사법의이론과 실무학회, 2004.
- 곽윤직, “물권행위와 공시방법”, 「법제월보」, 5권 5호, 법제처, 1963.
- \_\_\_\_\_, “예고등기에 관하여”, 「법학」, 22권 3호, 서울대학교 법학연구소, 1981.
- 김대정, “아파트분양계약의 사법상의 법률관계”, 「한독법학」, 제13호, 한독법률학회, 2002.
- 김대원, “집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제49조의 재건축에 관한 합의내용의 변경을 위한 의결정족수”, 「대법원판례해설」, 통권 제55호, 법원도서관, 2005.
- 김상용, “독일에서의 부동산물권변동의 법리구성과 부동산거내계약의 공증제도”, 「등기의이론과 실무에 관한 제문제」, 육법사, 2004.
- 김성욱, “부동산등기법 개정안에 관한 고찰”, 「법학논총」, 제34권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2010.
- \_\_\_\_\_, “집합건물의 구분소유와 공시문제”, 「민사법학」, 제47호, 한국민사법학회, 2009.
- \_\_\_\_\_, “집합건물의 하자 및 등기와 관련한 법적 문제”, 「법조」, 통권 637호, 법조협회, 2009.
- 김학준, “전소유자가 원인무효로 인한 소유권이전등기의 말소소송을 제기하여 승소한 후 말소등기를 마치기 전에 제3부동산을 제3자가 경락받은 경우 그 제3자는 전소유자를 상대로 위 말소소송절차에 따라 마쳐진 예고등기의 말소를 구할 수 있는지 여부”, 「대법원판례해설」, 통권 제57호, 법원도서관, 2006.

- 김현성, “도시재건축의 법적 쟁점에 관하여”, 『민형사실무연구』, 서울북부지방법원, 2004.
- 노경필, “구분소유자의 특별승계인에게 승계되는 공용부분 체납관리비의 범위”, 『대법원판례해설』, 통권 제60호, 법원도서관, 2006.
- 박경량, “상업용 집합건물의 전유부분 요건”, 『무등춘추』, 제8호, 광주지방변호사회, 2004.
- 박순성, “전세권에 관한 판례의 동향과 전망”, 『21세기 한국민사법학의 과제와 전망』, 심당송상현선생화갑기념논문집 간행위원회, 2002.
- 박태신, “집합건물의 관리에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 박사학위논문, 2007.
- 윤 경, “재건축결의의 요건과 하자의 치유”, 『대법원판례해설』, 42호, 법원도서관, 2003.
- 이상태, “전세권의 담보물권성과 그에 따른 전세권의 해석론”, 『현대상사법논집』, 우계강회갑박사 화갑기념논문집 간행위원회, 2001.
- 이수철, “집합건물의 재건축결의의 변경결의의 요건”, 『판례연구』, 18집, 부산판례연구회, 2007.
- 황정근, “예고등기 촉탁의 간과와 국가배상책임”, 『민사판례연구』, 제22집, 민사판례연구회, 2000.

玉田弘毅, 『注解建物区分所有法』, 第一法規, 1979.

Hans-Armin Weirich, Grundstücksrecht, 2. Aufl. Beck, 1996.

[Abstract]

## A Study in connection with the Public Notification of Changes in Real Rights over Immovables

Kim, Sung-Wook

*Professor, Law School, Jeju National Univ.*

The registration system as a public notification system of real rights over immovables is a legal system whereby the current real estate owners are made public. The ideal

pursued by the registration system is the precision of rights alteration, which in turn is the source of its problem. I think that public notification system of real rights over immovables in Korea is not a traditional system which has evolved along with a long history in Korea but is a modern social system that is being newly developed along with the adoption of modern law, a thorough examination of past problems can lead to a future legal system that is more rational and accords with substantial justice. In particular, under our legal system where any change of real right requires strict conditions for registration, it seems to be an almost consensus to attach public reliability to registration if conditions are mature, in consideration of the ideal aspect that safety of the real estate transactions should be ensured by announcement of the state of true rights.

**Key Words** : Aggregate Buildings, Partitioned Ownership, Public Notification System, Registration System, Rights Alteration, Alteration of a Real Right