

區分所有建物の登記에 관한 研究

全 秉 翼

The Study for Registry Systems of Condominium Ownership of Building

Byung-Ik Jun

目 次

- | | |
|-------------------|------------------------------------|
| 一. 序 論 | 四. 現行區分所有權의 登記上의 問題
點과 그 立法의 方向 |
| 二. 不動產登記의 沿革 | |
| 三. 區分所有建物로서의 登記要件 | 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 condominium ownership—a right to portion of one article—has been established due to economic development and lapse of time.

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

Among them, the registry system of the condominium ownership is becoming important because of a means of public notice to the ownership and other right.

But it has arosed many problems. In this paper, the auther

1. studied the history of the existing registry law.
2. analized the existing registry system of condominium ownership.
3. explained the registry conditions, expecting amendment of condominium ownership of the existing registry law.
4. explained the problems and studied the ways of amendment for the condominium ownership of the existing registry law.

一. 序 論

近代 所有權法制下에서는 一物一權主義가 原則이었다. 時代의 推移와 現實의 要請에 의하여 한 채의 建物を 數個의 部分으로 區分하여 그 各各의 一部分에 대하여 獨立한 한개의 所有權을 인정하는

소위 區分所有權이 倖연적으로 발생하지 않으면 안되었다. 이에 상응하여 그에 대한 登記도 날로 복잡해질뿐만 아니라 그 處理에 있어서도 신속성과 신뢰성이 要求되는 時點에 있다. 그러나 不動產의 物權變動과 긴밀한 관계를 가진 現行不動產登記法의 內容은 現行民法이 意思主義에서 形式主義로 커다란 전환을 보인것과는 달리 그 內容이 舊民法時代의 不動產登記法(朝鮮不動產登記令)의 內容을 거의 전적으로 답습하고 있다.

이와같이 現行不動產登記法을 비롯한 他法令의 未備와 不動產登記의 運用의 결함으로 不動產에 관한 爭訟은 허다하다. 따라서 不動產登記制度全般에 걸친 劃期的인 改編作業이 急先務라 하겠다.

특히 급속한 經濟發展으로 都市의 中高層建物이 증가함에 따라, 現行不動產登記法의 區分所有에 관한 登記規定인 第104條 내지 第107條의 規定으로는 不動產에 관한 權利關係를 明確히 하여 私有財產權의 保護 및 去來安全을 保護하는 公示制度로서 그 機能을 상실하고 있다. 따라서 이러한 不動產登記法의 立法의 결함을 合理的인 改編作業의 하나로서, 現行 不動產登記法의 區分建物에 대한 規定을 分析하고, 그 문제점을 발굴하여 立法의 方向을 提示함을 目的으로 한다. 그리고 區分所有建物에 대한 登記上의 문제는 허다하지만, 外國의 立法例와 區分所有登記의 實態를 參照하여 保存登記에 관한 문제점해결에 限定하였다.

二. 不動產 登記의 沿革

物權의 存否, 歸屬, 其他變動에 있어서 外部로부터 認識할 수 있는 어떠한 表象 즉 公示方法을 수반시키려고 하는 努力은 古代 東西를 막론하고 一般的인 추세였고 그 最初의 原始的인 形態가 占有이었다.¹⁾ 그러나 人間社會가 복잡화됨에 따라 物權變動의 權利關係를 占有만으로서 公示의 方法으로 할 수 없는 狀態가 되었다. 특히 所在이 固定되어 있는 不動產에 대하여는 權利形態를 一定한 公簿에 登載함을 公示方法으로 案出하게 되었다.

우리나라의 不動產(建物, 土地)의 公示方法에 관한 發展過程은 총괄적으로 四期로 분류하여 설명된다.

第一期는 朝鮮王期의 初期로부터 高宗(1893년)에 이르는 期間이다. 이때의 土地나 家屋의 賣買에 의한 讓渡는 書面에 의한 契約과 目的物의 引渡에 의하였다. 이때의 契約書를 가리켜 文記(또는 明文)라고 하였고, 文記의 作成으로 賣買는 完成되고 所有權이 이전되었다. 그러나 經國大典의 施行以後부터, 이 文記에 賣買로서 決定的 또는 對抗의 效力을 주고, 그 效力을 完成케 하는 立案制度가 발생하였다. 즉 經國大典 戶典賣買限條에 土地나 家屋을 賣買하면 100일만에 官에 申告하고 立案을 받아야 한다고 規定하고 있다.²⁾ 그러나 이 制度는 外憂·內患으로 行政力이 마비되어 그 實效를 충분히 발휘하지 못하였다. 이 時期의 특징은 不動產이 아직 商品化되지 못한때 이어서 去來安全을 위한 制度로는 그 구실을 하지 못하고 다만 所有者의 保護만이 意識하고 있었다.

第二期는 1893년부터 光武9년(1905년)에 이르는 期間으로 地契制度와 家契制度라는 地券制度가 시행된 時期다. 家契는 家屋의 所有에 대한 官의 인정이며, 賣買등으로 家屋을 讓渡할때에 발급되었다. 또 賣買에 의하여 이 家契를 받은 者가 다시 賣渡하는 경우에는 舊家契를 官에 提出하여 新家契를 交付받아야만 비로소 所有權者로 인정하였다. 이 家契는 高宗30년(1893년)에 漢城府에서 처음으로 발급하였다가 全國的으로 施行할 目的으로 光武 10년 5月 24日 「家契發給規則」이 制定되어 公布되었다.³⁾

1) 郭潤直: 不動產登記法, 大旺社(서울), 1979, 2面~5面.

2) 法制處: 大典通編, 서울印刷, 1963, 231面.

4) 朴윤직: 前揭書, 43面.

그러나 이때의 이들 規則에 의한 家契의 效力은 物權變動의 成立要件으로서가 아니라 다만 第三者에 대한 對抗要件으로서의 效力을 가졌다. 즉 家契를 所持하지 않는者は 자기의 所有임을 第三者에게 對抗하지 못하였다. 또 이 家契制度는 一部都市에서만 施行되었고 權利關係에 대한 지식이 박약한 農村에는 施行되지 않았다. 그러나 이 制度가 所有權의 確認을 증명하는데 近代의 意義를 內包하고 있음은 부인할 수 없다.

第3期는 1906년부터 약 5년간의 기간으로 證明制度가 도입된 時期이다. 1905년 乙巳保護條約이締結되어 日本의 統監府가 設置되고 韓國의 獨立을 잃게되었다. 이때에 不動産에 관한 規定도, 土地家屋證明規則과 土地·家屋所有權證明規則이 制定되었다. 즉 새로운 近代의 公示制度인 不動産證明制度가 確立된 것이다.

이 證明이라는 것은 郡守가 所有權 또는 典當權을 證明하여 주는 制度로서 一種의 契約의 公證制度라 하겠다. 이와같은 證明制度는 當時로서는 劃期的인 것이라고 말할 수 있었으나 결점이 많았다. 즉 賣買등에 의한 所有權의 變動과 典當이 設定된 경우에만 證明이 가능하고, 그밖의 原因에 의한 所有權의 變動이나 同規則이 施行되기 전의 이미 權利者로 되어 있는 者의 權利는 證明하지 못하였다. 그후 이 결점을 보강하기 위하여 융희(隆熙) 2年(1908년)에 다시 土地·家屋所有權證明規則을 公布하여, 土地·家屋證明規則의 施行이 있기 以前에 合法的 原因으로 不動産의 所有權을 取得한 경우와 同規則施行後의 賣買·증여 以外의 기타 合法的 原因으로 不動産의 所有權을 取得한 경우는 그 不動産을 管轄하는 郡守에게 所有權의 證明을 申請하여 證明을 받도록하였다.⁵⁾ 이 時期에 이르러 우리나라는 비로소 近代登記制度의 문턱에 들어서게 되었다.

第四期는 日本의 植民地時代이다. 1910년 韓日合併으로 日本은 韓國에 朝鮮總督府를 두고, 總督의 命을 制令이라 하여 法律과 같은 效力을 인정하였다.

1912년 3월 制令 第9號로서 朝鮮不動産登記令을 公布하고 日本의 不動産登記法을 그대로 依用施行하도록하였다. 그러나 當時 土地台帳을 갖추지 못하였던 事情下에서 不動産登記法을 實施하기가 어렵게 되었다. 따라서 同年 8月 制令 第2號로서 土地調査令을 公布하면서 土地의 細部測量을 實施하였다. 이 結果 1918年 7月 비로소 全國적으로 證明制度로부터 登記制度의 實施를 보게된 것이다. 이상과 같은 경과를 거쳐 유럽대륙의 近代의 登記制度를 모방한 不動産登記制度가 우리나라의 全域에서 實施하게 되었다.

이 依用不動産登記令은 그 以後 1948년 憲法 第100條에 의하여 1959年 12月까지 그 效力을 가졌다. 現在 登記制度에 관한 法律로서 가장 基本이 되는 것은 1960年 法律 第536號로서 公法施行한 民法과 不動産登記法이다. 이 不動産登記法의 發效로 이때까지 效力을 가졌던 不動産登記令은 폐지되었다. 그러나 現行不動産登記法은 그 体制과 內容은 대체로 舊不動産登記令을 따른 것이다. 따라서 그 運營의 實際에 있어서는 우리의 實情에 비추어 不動産物權의 公示制度로서 반드시 만족할만한 것이라고는 할수없고, 적지않은 문제점을 포함하고 있다. 최근 우리나라에 있어서는 국토의 종합개발 大小都市의 擴散등으로 不動産의 時價상승을 초래하고 이에 편승하여 여러가지 不動産에 관한 不正事件이 격증하고 있음은 周知의 事實이다. 따라서 現實에 적합한 우리의 不動産法 및 登記法이 制定되어야 함이 시급한 문제라 하겠다.

三. 區分所有建物로서의 登記要件

一物一權主義를 바탕으로 하는 近代의 所有權法制下에서는 區分所有는 인정될 수 없었다. 그러나

5) 申彦淑 趙容完, 註釋不動産登記法, 育法社(서울), 1975, 5面.

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 않을수 없었다.¹⁾ 어떠한 建물이 區分所有의 建물로 될수 있을 것인가 우리民法 第215條는 「數人이 한 채의 建物を 區分하여 各各 그 一部分을 所有한때」라고 規定하고 또 不動產登記法 第104條는 建物の 分割 또는 區分登記의 경우에 既存登記用紙(甲建物)와 新設登記用紙(乙建物)의 表題部에 登記의 實行方法에 관한 規定이 있을뿐 區分所有의 建물로서의 對象과 登記要件에 대하여는 아무런 規定이 없다.

元來 不動產에 관한 登記는 不動產物權變動의 公示手段으로서 또는 權利變動의 效力要件으로서 그 機能을 다하여 去來安全을 도모하자는데 그 意義가 있다. 그런데 우리의 不動產登記法이나 其他 法令의 未備로 區分所有의 登記對象은 그 一貫性을 잃어 區分所有權者나 去來의 第三者에 부단히 피해를 끼칠 열려가 있다. 따라서 區分所有에 대한 特別立法을 예상하면서 이에 대한 登記要件을 定立할 必要性이 있다.

區分所有의 建물로서의 登記要件으로 ① 그 建物の 部分이 一棟의 建物の 部分일것 ② 隔壁, 天井등에 의하여 他部分과 獨立한 構造를 形成하는 構造上의 獨立性이 있을것, ③ 이 部分이 獨立한 建물로서의 용도에 제공될수 있을 상태인 利用上의 獨立性을 가져야 할것으로 要約된다.

① 一棟의 建物

建物は 物体이므로, 一棟의 建物이라하면 一般的으로 一個의 建物 즉 物理的인 獨立한 個個의 建造物이라 할수있다. 그런데 區分建물을 포함하고 있는 一棟의 建물은 區分所有權의 存在를 前提로 함으로 이 경우의 一棟의 建물은 區分所有의 成否에 관계가 있기때문에 중요한 意義를 가진다.

現行民法에서는 土地 및 그 定着物을 不動產으로하고(民第99條) 不動產에 관한 物權의 得失變更은 登記에 의하여 그 效力이 생긴다(民第186條)고 規定한다. 또 不動產登記法에서는 登記簿는 土地 登記簿 및 建物登記簿로 한다고(不登第14條)하여 建물은 土地와는 別個의 不動產으로 취급하고 있다. 또 建築法에서는 建物에 대한 定義를 다음과 같이 하고 있다. 즉 建築物이라 함은 土地에 定着하는 工作物中 지붕 및 기둥 또는 壁이 있는 것이거나 이에 부수되는 시설과 公衆의 用に 供하는 관람시설 其他 大統領으로 定하는 工作物을 말한다(建築法第2條). 또 判例 學說上 建물이 되기위한 要件으로서 ① 土地의 定着物일것 ② 지붕 및 기둥 또는 벽이 있을것 ③ 그 目的하는 용도에 供할수 있는 상태에 있는것이라고 定義하고 있다.²⁾ 따라서 土地위에 存在하는 建造物인가의 여부는 상술한 조건에 비추어 그 構造, 利用狀況을 판단하여 建物로 인정해야 할 것이다. 예를들면 가설적인 工作物은 土地의 定着物이 아니고 또 土地에 定着하더라도 지붕 및 기둥 또는 벽을 갖지않는 것은 建物로 登記할 수 없을 것이다.

이와 같이 여러法規가 建物에 대한 概念을 定立하고 있지만, 建物の 觀念을 一律적으로 定하는 것이 곤란함을 알수 있다. 그러나 區分所有의 特殊性이나 登記實務上, 區分所有建物の 認定基準이 나 個數의 基準을 全國적으로 統一化하기 위하여 立法化할 필요가 있다.³⁾

② 構造上의 獨立性

建物の 區分所有를 인정함에는 그 建物部分이 所有權의 內容으로서 物的支配에 적합해야한다. 즉 1個의 建物로서 自由로히 使用, 收益, 處分할 수 있고 또 그 使用, 收益, 處分을 방해하는 者가 있으면 배제할수있게 그 범위가 명백히 區分 特定되지 않으면 안된다.⁴⁾

1) 丸山英氣: 「トイン住居所有權法の沿革」 建物區分所有權法, 一粒社(東京), 1975, 1面~26面.

2) 御園生進: 區分建物登記, 日本加除出版(東京) 1978, 3面~4面.

3) 日本不動產登記事務取扱準則 第122條 第123條 참조.

4) 李恒寧: 民法學概論, 博英社(서울), 1969, 230面.

어느 정도의 것을 가리켜 構造上的 獨立性이 있다고 하여야 할 것인가에 대하여는 한마디로 表現할 수 없다. 一般的으로 區分所有建물이 隔壁, 天井 및 바닥등에 의하여 완전히 遮斷되어 있어야 한다. 즉 構造上的 獨立性은 當該建物の 部分을 他的 部分에서 區隔하는 隔壁(界標·境界壁)의 存否와 構造가 明白해야 할 것이다. 遮斷如否는 具體的 事實에 따라 判別하여야 할 것이나, 遮斷의 方法이나 形態에는 制限이 없다.

構造上的 獨立性의 要素가 隔壁의 存否와 그 構造는 두가지 意味를 내포하고 있다. 즉 第一은 區分所有權의 成否가 문제되는 當該建物の 部分을 他的 部分에서 外形上 區別할 수 있는 境界標識 혹은 區分点이고 第二는 利用上的 獨立性을 確保하기 위한 必要한 一定構造를 가진 隔壁의 存在이다. 이 두 意味의 構造上的 獨立性은 概念上的 區別과 相關關係가 있음을 알 수 있다. 境界 또는 區分点의 明確性이라는 第一意味의 構造上的 獨立性은 반드시 利用狀況, 利用形態와는 관계없이 그 自体로서 判斷可能한 性格을 가진 客觀的 明確性을 要求한다. 이에 대하여 利用上的 獨立性을 確保하기 위한 必要한 隔壁의 存在를 要求하는 第二의 構造上的 獨立性은 當該建物の 部分과 그에 인접한 他建物部分에 대하여 具體的 利用狀況 및 利用形態와의 相關關係에 검토되어야 한다. 이러한 점에 兩者의 概念은 區別된다. 그러나 第一意味의 構造上的 獨立性이 存在하는 경우에는 반드시 第二意味의 構造上的 獨立性이 存在한다고 할 수 없으나 第二意味의 構造上的 獨立性이 存在하는 경우에는 반드시 第一意味의 構造上的 獨立性이 存在하는 것이다. 이러한 점에서 兩者의 概念은 相關關係가 있다.⁵⁾ 따라서 區分所有의 建物を 登記함에는 構造上的 獨立性을 가져야 할 것이다.

③ 利用上的 獨立性

建物の 區分所有權이 成立되기 위한 第三의 要件은 當該建物の 部分이 獨立하여, 利用함에 適當해야 한다. 따라서 獨立하여 利用함에 適當하지 아니한 建物の 部分에 대하여는 區分所有權을 인정할 實益이 없을 뿐만 아니라, 만약 이를 인정한다면 오히려 무용의 분류를 초래할 우려가 있을 것이다.⁶⁾

우리民法 第125條는 利用上的 獨立性에 대한 아무런 規定이 없다. 다만 判例上으로, 「獨立된 經濟的 價値를 가지고, 去來의 對象이 된다면」이라고 하여 區分所有權을 인정하고 있다.⁷⁾

「利用上的 獨立性의 存否」는 建物の 部分에 대한 具體的 利用目的 혹은 利用形態와 그 建物の 部分이 가진 具體的 構造와의 相關關係에서 판단해야 한다. 즉 一定의 利用이 可能하기 위하여는 그것에 대응한 一定의 構造를 필요로 하고, 역으로 一定의 構造를 가진 것은 일정한 利用目的에 制約되는 점에서 兩者는 相關關係에 있다. 또 利用上的 獨立性이 인정되는 限 그 利用의 用途에는 制限이 없다. 住居나 店舖로 사용하던 事務所로 사용하던 아무런 관계가 없다. 日本의 區分所有權法 第一條는 「住居, 店舖 事務所 또는 倉庫 其他建物로서의 용도에 供할 수 있는 것」이라고 규정하고 있으나 이것은 例示에 不過하다. 따라서 區分建物部分이 當該建物の 용도에 必要한 條件 즉 當該建物部分의 使用目的에 적합한 條件을 갖추도록 하여야 할 것이다.

이상에서 설명한 바와 같이 區分所有의 建物로서의 登記要件을 갖추지 않으면 안 된다. 그런데 構造上的 獨立性과 利用上的 獨立性은 別個 獨立의 概念이 아니고 상호연관관계에서 형성되는 相互要件의 性質이다. 즉 構造上的 獨立性이 確保되면 利用上的 獨立性이 確保되고 또 利用上的 獨立性이 形成되어야 區分所有의 客觀的 對象이 된다.

5) 拙稿: 「建物の 區分所有權의 對象」韓國海洋大學 論文集 第14輯 150面.

6) 獨逸住居所有權法2條1項에서 明文으로 規定하고 있다.

7) 鄭周洙鄭相泰: 實務不動產判例集, 育法社(서울), 1979, 100面.

四. 現行區分所有權의 登記上의 問題點과 그 立法의 方向

現行不動產登記法上 區分所有建物の 登記上의 問題點은 수다히 열거할 수 있겠으나 다만 본장에서 區分所有建物の 保存登記上의 몇가지 문제點의 파악에 국한한다.

① 不動產登記用紙主義의 原則

現行不動產登記法에는 一筆의 土地 또는 一個의 建物에 대하여 一用紙를 使用하는 것을 原則으로 한다. (不登法 第15條)고 정하여 소위 一不動產一登記用紙主義의 原則(物的編成主義)을 선언하고 있다.

一不動產一登記用紙主義의 原則은 一不動產에 一登記用紙를 使用해야 한다는 것이며, 이 原則이 內包하고 있는 意義는 ① 一個의 不動產에 대하여는 2個以上의 登記用紙를 使用할수 없고 ② 一個의 登記用紙에는 數個의 不動產을 登記할수없고 ③ 一個의 不動產의 一部를 一個의 登記用紙에 使用할수 없다는 것이다.¹⁾ 이 原則의 立法의 理由는 첫째로 一個의 不動產마다 一登記用紙를 使用케 함으로서 登記簿上의 혼란과 분규를 피하여 去來安全을 保護하자는 것이고 둘째로, 登記할 權利의 종류가 많아진 現代의 不動產登記法下에서 一個의 用紙에 數個의 不動產을 記載하는 것은 登記기술상 어렵기 때문이다. 따라서 이러한 原則에 위배하여 登記用紙를 使用하는 것은 허용될 수 없다. 이 原則을 고집한다면, 現實的要請에 의하여 발생한 區分所有의 建物は 一棟建物の 一部이므로 이대로의 區分所有權의 登記는 앞의 ③의 原則에 反한다.²⁾

그러나 區分所有權은 連繫적으로 보아 그 特殊性이 인정되는 바, 이 原則에 대한 例外規定으로 해석하여 區分所有權者와 去來安全을 보호해야 할 것이다. 따라서 登記기술상 꼭 이 原則을 適用할 아무런 理由가 없다고 생각된다.

區分所有建물에 대한 保存登記하는 方法에 대하여는 現行不動產登記法에 아무런 규정을 두지않고 있다. 그러므로, 現在 우리나라의 區分所有權에 대한 保存登記에 관한 實態를 종합분석해보면, 그 事例가 一貫性이 없을뿐만아니라 去來安全을 保護하는 公示方法으로 不備한 점이 많다. 즉 構造의 共同部分을 專用部分에 포함시켜 登記한 事例, 登記表示內容이 어떤 建物を 表象하는 것인지 不分明한 事例, 構造의 共同部分을 獨立한 建物로 登記한 事例등³⁾으로 그 一貫性이 없어 公示의 機能을 충분히 발휘하지 못하고 있다. 이러한 현상은 不動產登記法의 不備에도 있겠지만 登記實務上, 登記에 대한 統一의인 事務準則의 制定이 지연된 탓도 있겠다.

區分所有建物の 登記는 現行不動產登記法의 原則에 따라, (一棟의 建物에 속하는 어느 區分建物の 登記는) 一般建物の 경우와 같이 獨立한 一個의 建物로서 普通의 登記用紙에 登載된다. 그리고 各各 區分建物の 登記는 別개의 登記用紙에 상호아무런 관련없이 편철된다. 따라서 이러한 登記方法으로서 는 그 區分建물에 屬하는 一棟의 建物の 全体的 種類, 構造, 平面積등이 不明確할뿐만 아니라 그 一棟의 建物에 屬하는 他的 區分所有物과의 關係도 不明確하다.

元來 登記의 目的은 不動產에 관한 現況을 精確히 파악하여 그 不動產에 관한 法律關係를 公示하고 不動產去來者의 去來安全을 보호하는데 있다. 아울러 不動產登記簿의 編成도 이에 부응해야 할 것이다.

1) 御園生進：前掲書 19面.

2) 이에 대하여 區分所有權의 특수성에 입각하여 區分된 建물이 建物の 一部라 할지라도 一個의 建物로 登記된 이상 一不動一登記用紙主義의 原則에 反하지 않는다고 한다(篠塚昭次編：不動產登記法講義：青林書院新社(東京), 1972, 294面.

3) 김정현：「集合住宅(아파트)의 所有管理에 관한考察」저스더스 第十二卷 第1號, 韓國法學院, 1974, 20面~26面.

區分建物の 現況을 정확히 파악하여 法律關係를 보다 效果있게 公示하기 위하여는 다음과 같은 公示方法의 立法方向이 모색될 것이다. 즉 區分所有建物에 관한 登記用紙의 表題部는 「全体建物の 表題部」와 「區分된 建物の 表題部」로 分離하고, 各區(甲區와 乙區)는 區分된 各建物에 使用케 한다. 全体一棟建物の 表題部는 各區分建物の 表題部の 全部에 共用되게 하고 土地 또는 建物の 表示에 관한 事項을 기재하여야 한다. 具體적으로 보면 全体一棟建物の 表題部에는 區分建물이 屬하고 있는 一棟建物の 物理的 狀況을 明確히 하는 事項으로서 建物の 所在, 地番, 構造와 床面積등이 기재되어야 한다. 또 區分된 建物の 表題部에는 區分된 建物の 物理的 狀況을 明白히 하기 위한 事項으로서 가옥번호, 종류 構造 및 床面積등을 기재되어야 할것이다.

이와 같이 「全体一棟의 建物の 表題部」와 「區分된 建物の 表題部」를 區分하여 기술上 一體化시킴으로서 區分所有建物の 法律關係를 明確히 하고 또 區分所有建物과 他物權과의 關係를 公示함으로써 去來安全을 충분히 도모하리라 믿는다.

② 區分所有要件의 審査權

登記制度의 基本目的은 不動産에 관한 權利關係의 公示에 있다. 따라서 登記는 언제나 眞實한 權利關係를 그대로 表示하여야만 한다. 이를 위하여서는 여러가지가 문제되겠지만, 무엇보다 眞正한 權利關係에 부합되지 않는 虛偽의 登記가 행하여지는 것을 事前에 防止한다는 것이 가장 重要하다. 여기서 登記申請이 있을때에 그 申請이 과연 適法한가 또는 不適法한것인가를 審査하는 登記公務員의 審査權이 문제가 된다. 이 審査權에 관하여는 實質的審査主義와 形式的審査主義가 있다. 前者는 登記申請의 適法性의 興否와 그밖의 登記申請의 實質上의 理由 내지 原因의 存在와 效力까지도 審査하고 後者는 다만 특별한 경우를 除外하고는 登記節次上의 適法性興否에 限定하고 있다. 이 두主義를 비교한다면, 形式的 審査主義는 登記와 實質關係의 부합이라는 目的을 確實케 達成할수 없는 결점이 있고, 實質的 審査主義는 登記를 眞正한 權利關係에 부합케 하는데 적합하나 등기절차를 지연케 할 우려가 있다.⁴⁾ 우리나라의 不動産登記法은 形式的審査主義를 취하고 있다.

現行登記簿의 登載는 그 權利의 客體인 不動産自體의 現況(實態)은 오로지 土地臺帳이나 家屋臺帳의 記載에 依存하고 있는 實情이다. 즉 土地 또는 建物에 관하여 所有權을 保存申請하는 경우에는 原則적으로 土地臺帳 또는 家屋臺帳에 土地 또는 家屋自體의 狀況을 登錄한후, 그 登錄事項을 기초로하여 所有權保存登記의 申請을 하도록 하고 있다.

이와 같이 臺帳優先主義를 채택한 理由는 보다 合理的이라는데 있다. 즉 臺帳制度는 元來 國土開發, 住宅建築 税金負擔등의 目的을 위하여 不動産의 現況을 明確히 파악하려는 公簿이고, 이를 위해서 所有者에 대한 罰則을 수반한 申告義務 및 行政廳의 職權調査와 登錄이 인정되고 있는 것이므로 그 現況(實態)과 부합할 개연성이 많다는데 있다. 따라서 登記簿도 위 臺帳과 一致시키는 것이 合理的이라는데 판단에 있다. 그러나 土地臺帳이나 家屋臺帳은 租稅賦課의 징수목적으로 備置된 帳簿이지 權利者를 위한 土地나 家屋의 明確한 狀況파악을 위하여 이루어진것이 아니기 때문에 現況과 부합할 개연성이 희박하다.

一般的으로 稅源과 거리가 먼 公有地나 公共建物에 대하여는 그 變更事項을 세밀히 추적하지 않고 있는 實情이다. 특히 建物の 경우는 수다한 혼란기와 담당公務員의 不條理로 인하여 現況과 臺帳과의 不一致는 빈번하게 나타난다. 뿐만아니라, 不動産의 現況을 정확히 登載하고 그 正確性을 보장하기위하여는 臺帳의 所管公務員에 의한職權調査⁵⁾로 그 現況파악이 要請되고 있으나 現在로서는 人員의 不足, 豫算上의 不充分등으로 그 實現性이 不可能하다.

4) 朴庸익 : 前掲書, 33面~34面.

5) 内海一 : 「登記制度と 台帳制度의 統合化」時의法令, 法友普及會(東京) 1960, 18面~19面.

이상과 같은 非合理性 때문에, 本來의 不動產登記制度가 意圖하고 있는 不動產에 관한 權利關係를 明確히 하여 私所有權制度의 秩序를 유지시켜야 한다는 점과 權利의 外觀으로 實質關係를 정확히 파악하려는 去來者의 보호에 만족할만 한것이 못된다. 또 비록 現行不動產登記法의 改正이 곤란한 나머지, 現況과 登記의 不一致의 現象은 一般의 建物에 있어서는 감수 할수 있다할지라도 오늘날과 같은 中·高層建物이 날로 增加하여가는 段階에서는 이를 그대로 적용시킴은 앞으로 큰혼란이 豫想된다. 왜냐하면 앞에서 논한바와 같이 區分所有建物의 登記要件을 設定함도 重要하겠지만, 區分所有建物의 登記要件을 具備하였는가의 興否의 判斷도 중요한 것이다. 오늘날 建物構造의 多樣性으로 인하여 전문적인 法律知識을 갖춘 機關의 合理的 判斷에 의하여서만 可能할 것이다. 뿐만아니라 市民의 私權關係의 表示나 權利關係의 變動에 대한 公示에 관해서는 政策的인 執行의 必要보다 私權의 法的保護로 인한 安定性이 先行되어야 한다고 생각된다.

따라서 私權保護를 獨立의機關으로 大法院의 산하에 登記廳을 신설하고,⁶⁾ 그 登記公務員을 專門職化하여 그 資質向上에 노력해야 한것이다. 아울러 區分所有建物의 保存登記申請에는 區分所有權의 特殊性에 입각하여 登記公務員에 實質的 審査權을 부여함이 타당하다. 이와같이 立法化함으로써, 비록 어느정도의 登記의 지연은 있을지라도 現況과의 符合에 依한 權利者자신을 보호할뿐만아니라 去來의 第三者를 보호하기 위한 公信力의 확보에 도움이 되리라 믿는다.

③ 區分所有建物의 共用部分에 대한 登記

共用部分에 대하여는 ① 構造上の 共用部分과 ② 規約에 의한 公營부분으로 分類된다. 構造上の 共用部分이라함은 集合建物의 專用部分以外的 建物의 部分과 專用部分에 屬하지 않는 建物의 附屬物을 말한다.

現行不動產登記法은 集合建物의 共用部分에 대하여 아무런 規定을 두지않고 있다. 그러나 區分所有權者로서는 私權保護의 觀點에서나, 去來의 第三者에 對한 對抗關係에 중요한 意義를 가진다.

構造上の 共用部分에 대하여는 대법원 법정 제413호(1976.6.29)에 의하여 그 登記能力을 인정할 수 없다는 지시로 登記될수없다. 따라서 現在까지 區分所有建物의 獨立한 形態로 登記한 事例이거나 專用部分에 포함시켜 登記한 事例등은 變更登記를 해야할 것이다(法院의 職權으로). 規約에 의한 共用部分이라는 것은 規約에 의하여 建物의 部分과 附屬建物을 共有部分으로 設定한 것이다. 그런데 여기서 附屬建物이라는 것을 어떻게 定義할 것인가에 대하여는 우리 民法이나 不動產登記法에 아무런 規定이 없었다. 따라서 一般의으로 主된 建物에 대한 民法 第100條의 從物의 關係에 있는 것을 附屬建物이라 하였다.⁷⁾

附屬建物은 2가지 類型이 存在한다. 즉 第一類型은 母屋에 대한 별개의 浴室과 같이 去來의 通念上 別個의 去來의 對象이 될수없고, 一般의으로 母屋과 一体로 去來되는 것이 있다. 第二類型은 店舖에 대한 倉庫와 같이 客觀的 狀態에 있어서는 主從의 關係가 있다하더라도 그것은 絕對的인 것이 아니고, 一個의 去來의 單位로 할것이나의 興否는 所有者의 意思決定에 맡겨 附屬建物로 登記된 것이 있다.⁸⁾

우리나라의 不動產登記法에 附屬建物에 대한 아무런 規定이 없기때문에, 登記事務의 統一化를 위하여 附屬建物의 法律關係를 明白히 할필요가 있다.⁹⁾

즉 効用上의 一体로서 利用되고 있는 狀態에 있는 數棟의 建物은 所有者의 意思에 反하지 않는

6) 김증한 : 法曹第27卷 1978. 7號, 15面.

7) 幾代通 : 不動產登記法講義 (法律學全集), 有斐閣 (東京)1975. 34面.

8) 古野衛外數人 : 不動產登記法講座Ⅱ. 日本評論社(東京), 1977, 369面~370面.

9) 日本不動產 登記事務準則 第125條.

跟 一個의 建物로 취급해야 할것이고 또 共用部分이라는 것을 登記하지 않으면 그 効力を 발생할수 없게 해야할 것이다. 이와 같이 規約上의 共記部分의 登記를 그 効力發生要件으로 하는 것은 共用部分으로 된 建物の 部分 또는 附屬建物에 대해서 權利를 取得하는 第三者를 보호하기 위해서이다 그러므로 專用部分을 取得한 區分所有權者의 特定承繼人은 規約의 拘束을 받기때문에 共用部分이라는 趣旨의 登記를 하지않더라도 當該建物の 部分 또는 그 附屬의 建物이 共用部分임을 주장할수 있다.

五. 結 論

現行民法上의 登記는 不動產物權變動의 効力要件으로 되어있고(民第 186條) 또한 公示手段으로 되어있다. 이와같은 要件을 충실히 充足하기 위하여는 첫째 不動產物權變動事項이 登記簿의 表示上에 충실히 反映되어야 하며 둘째, 不動產의 現況과 그 權利의 內容이 登記簿에 명확히 記載되어야 하며 셋째, 登記簿의 信賴性을 높이기 위하여 記載가 眞實과 부합되는 것을 理想으로 하고 있다.

現行不動產登記法은 앞에서 지적한바와 같이 時代의 推移에 따라 오늘의 不動產에 대한 法的規程을 함에 여러가지 결함과 法的未備點을 포용하고 있다. 더우기 오늘날 社會現實的 要請에 부응하여 발생한 區分所有의 建物에 적용함은 非合理的이고 不適當함을 인식할수 있었다. 즉 區分 所有建물이 登記하기 위한 要件을 明確히 定立하지 않은채 中·高層建物は 날로 증가하고 있다. 뿐만아니라 區分所有建物の 登記의 對象을 現行不動產法에 의한 登記官의 形式的審査權으로 眞實과 부합되지 않는 登記의 事例가 허다하게 表出되고 있다. 이와같은 現象은 區分所有者의 私的인 權利保護와 去來의 第三者에 대한 權利의 侵害는 물론 國家의 公共政策目的의 遂行에 뒷받침으로 되는 不動產의 秩序를 파괴하는 結果가 된다. 따라서 우리는 하루속히 法的未備點을 補完하는 態度를 가져야 하겠다. 상술한 目的을 수행하기위하여 本稿에서는 ① 區分所有建物の 登記의 對象이 되는 要件을 定立하여 區分所有權의 對象을 法律的으로 確立하고 ② 現行不動產登記法上의 區分所有에 대한 登記規定을 改正 또는 補完하여 區分所有建物の 現況과 부합토록 하여야 하며 ③ 區分所有建물이 一般不動產과는 相異함을 감안하고 登記公務員에 實質的審査權을 부여하여 區分所有權者나 去來의 第三者를 포함이 登記法上의 시급한 課題임을 논술하였다. 그리고 이 以外에도 區分所有에 登記上의 문제점은 많으나 다만 區分所有의 保存登記에 관한 몇가지 문제점만을 선택하고 다음의 연구자료로 하고 고쳐 한다.

參 考 文 獻

1. 郭潤直：不動產登記法，大旺社，1979.
2. 法制處：大典通編，1963.
3. 申彥淑·趙容完：註釋不動產登記法，育法社，1975.
4. 丸山英氣：「ドイツ住居所有權法の沿革」建物 區分所有權法，一粒社，1975.
5. 御園生進：區分建物登記，日本加除出版，1978.
6. 李恒寧：民法學概論，博英社，1969.
7. 鄭周洙·鄭相泰：實務不動產判例集，育法社，1979.
8. 篠塚昭次編：不動產登記法講義，青林書院，1972.
9. 韓國法學院：저스터스，第12卷 1號.
10. 内海一：「登記制度と 台帳制度의 統合化」時の法令，法友普及會，1960.
11. 幾代通：不動產登記法講義，有斐閣，1975.
12. 古野衛 外數人：不動產登記法講座Ⅱ，日本評論社，1977.
13. 法曹 27卷 7號.

