

建物の合體에 관한 연구

배 병 일*

진 기 룡**

1. 問題의 提起

최근 경제발전의 지표로 작용하고 있던 건축경기가 침체에 빠지면서 건물의 신축보다는 기존 건물의 리모델링이 유행하고 있다. 이 리모델링의 한 형태로서 각각 독립된 건물끼리 인접건물사이의 증축공사 등을 통하여 합쳐서 한 개의 건물이 되거나 구분소유권의 객체로 되어 있던 전유부분 사이의 격벽을 제거하는 등의 방법으로 복수의 전유부분을 합쳐서 한 개의 구분소유권의 객체로 되는 건물을 만드는 방법 등이 일본에서 많이 이용되었고, 우리나라에도 이 방법이 사용되고 있다. 종래 일본에서는 건물 합체의 경우에 등기실무상 선례에서 건물의 멸실이라는 전혀 다른 경우의 절차를 유추하여 적용하여 왔지만, 합체전과 합체후의 건물의 권리의 연속성이 끊어져 합리적인 결과를 실현할 수 없는 경우가 생겨났다. 또한 소유자측에서 처음부터 저당권자를 해치려고 하는 의도하에 합체공사를 하는 남용적 사례도 보이고 있다. 즉 합체전의 건물에 관하여는 멸실등기를 하여 그 위에 저당권등기를 말소시키고, 합체후의 건물에 관하여는 새로운 표시등기를 하는 동시에 (저당권자가 어떤 요구를 하기 전에) 제3자를 위한 저당권등기를 하는 것이다¹⁾. 예를 들면 甲이 자신 소유의 건물 A상에 乙 명의의 抵當權 설정등기를 해 준 다음

* 영남대학교 법과대학 교수

** 영남대학교 법과대학 대학원 석사과정

1) 槓梯次, 建物の合體をめぐる物權的法律關係, 合體問題の一應の決着点に立って", 判例時報 1493호, 3면.

에, A 건물의 한 벽면에 접속하여 B건물을 건축한 이후에 A건물과 B건물의 접하는 벽면을 철거하여 두 건물을 일체화하여 새로운 C건물을 만든 경우를 가정해보면, 이 경우에 從來의 登記實務慣行에 의거하여 A, B 두 건물의 멸실등기 및 合體되어 성립된 C 건물에 표시등기를 하게 된다. 이 경우 乙은 抵當權이 그 객체인 A 건물의 멸실로 인하여 소멸되는 것으로 처리될 수 있어 부당한 손해를 당하게 된다. 나아가 甲이 제3자를 위하여 C건물 위에, 乙이 甲에 대하여 건물멸실등기처분의 취소소송을 취하기 전에, 선순위의 抵當權登記를 경료하여 버리면 乙로서는 매우 부당한 피해를 입게 될 수 밖에 없다.

물론 합체의 경우에도 구건물의 복구가 가능한 경우에는 합체후라도 구건물에 대한 저당권은 존속한다고 할 수 있다. 즉 구건물의 복구가 가능한 때에는 구건물의 저당권자는 물건적청구권에 기하여 격벽, 계단 등을 복구하고 종전 건물의 합체를 해소하는 청구를 할 수 있다²⁾. 그리고 독립한 종전 건물을 부활시킨 후에 그에 대하여 저당권을 실행할 수 있다³⁾.

위와 같은 문제점을 해결하기 위하여 일본 부동산등기법은 관련 규정을 개정하여 건물의 합체에 관한 규정을 신설하였지만, 우리 민법이나 부동산등기법에서는 이러한 합체나 합동에 대하여 전혀 규정을 두고 있지 않다. 다만 건물의 합병에 대하여는 규정을 두고 있지만, 위 사례는 건물의 합병과 다른 것이다. 본 연구에서는 건물의 합체에 있어서 등기실무상으로 종전의 건물의 등기와 새로운 건물의 등기를 어떻게 처리하여야 하는지 여부에 대하여 논의하고자 한다. 또한 물건법적으로 건물의 합체에 있어서 만약 기존의 각 건물에 저당권 등의 권리가 설정되어 있다고 하면 그 저당권은 새로운 건물에서도 계속하여 유효한 권리로 인정할 수 있는지 여부에 대하여도 논의하고자 한다. 또한 경매에 있어서도 종전 건물은 당연히 경매목적물이 될 수 있지만, 이미 등기부상 멸실등기를 하여 존재하지 않게 되었고, 그렇다면 새로운 건물에 대한 등기가 없는 상태에서 경매를 어떻게 할 것인지 여부에 대하여 살펴보고자 한다⁴⁾.

2) 일본 동경지재 1985.9.18.

3) 瀬川信久, 建物が合體した場合の抵當權, 別冊ジュリスト 159호, 158면.

4) 토지의 경우는 한 개의 물건으로 되는 筆은 분필, 합필 절차에 따라 정해지고 2筆의 토지를 구획하고 있던 장벽이 철거되더라도 2筆의 경계는 등기상에 나타난 대로와 상황이 유지되므로 건물의 合體와 같은 경우는 없다.(이동준, 저당건물의 중·개축 또는 합동, 합체의 경우 저당권의 효력과 경매절차에의 영향 주32, 판례연구 5, 부산판례연구회, 1995, 82면)

2. 建物の合體와 合棟, 合併

建物の合體라는 것은 1동의 건물을 구획하여 각자 전유부분으로 구분되어 별개 독립한 건물로 된 區分建物에 대하여 서로 인접하는 부분 사이의 隔壁을 물리적으로 제거하여 각자의 전유부분을 합쳐서 일체화시키는 것을 말하고, 그 결과 복수의 區分建物이 건물로서의 독립성을 상실하여 일체화되고 그 일체화된 후의 구획을 전유부분으로 하는 1개의 건물로 된 경우이다. 이를 區分建物の合體라고도 한다. 建物の合棟이라 함은 서로 인접한 독립된 복수의 건물 사이의 접속부분에 복도를 설치하거나 격벽을 제거하는 등 연결공사를 하여 종전의 복수의 건물이 외부적으로 각각 독립된 구조상의 존재를 잃어 물리적으로 결합하여 1개의 새로운 건물이 되는 것을 말한다. 建物の 합동은 독립된 2개 이상의 건물이 증축공사 등으로 인하여 양 건물사이의 격벽 등을 제거함으로써 1개의 건물로 되는 것이고, 합체는 구분소유의 건물이 되었던 2개 이상의 건물이 증축공사 등으로 인하여 1개의 건물로 되는 것을 말하는 것으로서 合體는 별개 독립의 건물을 물리적으로 1개의 건물로 한다는 점에서 建物の合棟과 동일한 의미를 가진다. 일본 등기실무례에서는 두 개념을 구별하고 있다.

建物の合併은 合棟, 合體와는 다른 개념으로서 建物の 물리적 상태에는 아무런 변화를 주지 않고서 등기부상의 1개의 범위를 변경하는 처분으로서, 예를 들면 甲 건물을 乙 건물에 合併하는 경우, 甲 건물을 乙 건물의 부속건물에 合併하는 경우, 甲 건물을 乙 건물의 부속건물로 하는 경우 등 3가지 유형이 있으나(不動産登記法 제108조), 어느 것이나 建物の 물리적 변경은 따르지 않고, 다만 일정한 건물부분의 등기상의 所有籍만을 바꾸는 처분이다⁵⁾. 建物の 合併등기는 소유권, 전세권, 임차권 이외의 권리의 등기가 있는 건물에 관하여는 할 수 없다(부동산등기법 제103조 제1항 전문). 따라서 抵當權의 등기가 있는 경우에는 불가능하다. 그러나 합병되는 건물 모두에 관하여 등기원인 및 그 연월일과 접수번호가 동일한 저장권등기가 있는 경우에는 예외적으로 합병할 수 있다(부동산등기법 제103조 제1항 후문, 제90조의 3 제1항 단서 참조). 등기방법은 甲 건물의 표시란에 乙 건물에로의 이기를 표시하고, 建物の 표시와 등기번호를 주말한 다음 등기용지를 폐쇄하고, 乙 건물의 표시란에 甲 건물에서의 이기를 표시하고, 종전의 건물표시를 말소한다⁶⁾.

5) 박윤직, 부동산등기법, 박영사, 2001, 368면.

3. 建物の 合體, 合棟에 관한 日本의 登記先例

일본은 1993년 4월 부동산등기법을 개정하기 전까지는 우리와 같이 합체에 대하여 명문규정을 두고 있지 않았지만, 합체와 합동을 구별하여 등기선례를 통하여 해결하였다. 일본의 등기선례는 종전건물은 멸실되고 그에 따라 종전건물의 소유권 및 기타 권리는 모두 소멸하는 것을 전제로 하여 제정되었다.

① 建物の 合體의 경우

동일 소유자에 속하면서 區分建物の 隔壁제거에 의하여 合體가 된 경우에는, 각 區分建物에 대하여는 소유자의 신청 또는 직권으로 區分所有權의 소멸을 등기원인으로 한 멸실등기를, 隔壁이 제거된 결과 1개의 건물로 된 건물에 대하여는 소유자의 신청 또는 직권에 의하여 區分建物の 合體를 등기원인으로 한 건물의 표시등기를 하여야 한다⁷⁾.

② 建物の 合棟의 경우

1. 소유자가 다른 경우

소유자를 달리하는 甲乙 2개의 登記建物 사이에 증축하여 양 건물의 隔壁을 제거하여 1동의 丙 건물로 된 경우, 合棟전의 甲乙 건물에 대하여는 合棟을 등기원인으로 한 멸실등기를, 合棟후 1동의 丙 건물에 대하여는 合棟을 등기원인으로 하는 건물의 표시등기를 신청하여야 한다. 다만 合棟후의 1동의 건물 표시등기의 신청서에는 소유권을 증명하는 서면으로서, 종전 건물 甲乙의 고정자산세 납세증명과 증축부분에 관한 공사시행자의 증축사실증명서 및 종전의 일방의 소유명의인을 소유자로 하는데 대한 다른 일방의 소유명의인 승낙서를 첨부하여야 한다⁸⁾.

2. 소유자가 동일한 경우

2개 건물의 소유자가 동일한 甲乙 건물의 사이에 증축공사를 하고 쌍방의 격벽을 제거하여 1동의 丙 건물로 한 경우에는 合棟전의 乙 건물에 대하여는 合棟을

6) 박운직, 전제서, 370면 이하.

7) 1963.9.28. 民事甲 제2658호 民事局長回答 登記關係先例集 追加篇, 3권 1130의329면.

8) 1964.3.6. 民事甲 제557호 民事局長回答, 登記關係先例集 追加篇 4권, 85면.

등기원인으로 한 멸실등기와 甲 건물에 대하여는 증축 및 合棟을 등기원인으로 한 면적변경등기를 신청한데 대하여 이를 수리할 수 없다고 하였다. 따라서 이 경우에도 종전 甲乙 건물의 멸실등기를 하고, 새로운 丙건물의 표시등기를 하여야 한다. 즉 소유자가 동일한 경우도 소유자가 다른 경우와 동일한 방법으로 등기를 하여야 한다⁹⁾.

③ 기타

主된 건물과 부속건물이 合棟된 때에는 主된 건물에 대하여는 변경 후의 면적을 기재하고 증축 및 부속건물의 合棟을 원인으로 한 표시변경등기를 하고 합동전의 면적을 주말하지만, 부속 건물에 대하여는 主된 건물에의 合棟을 원인으로 한 부속건물의 표시를 주말한다(不動産登記事務取扱手續準則 제162조). 1동 중 갑소유 X건물(등기된 건물)과 을소유 Y건물(미등기 건물)을 전유부분으로 하는 구분건물에 관하여 을 소유의 Y건물을 갑이 매수하여 XY사이의 격벽을 제거한 경우에는 X건물에 관하여 Y건물의 합체를 원인으로 하는 면적증가에 의한 표시변경 등기를 하여야 한다¹⁰⁾.

이러한 등기실무는 건물의 合棟, 合體의 경우에는 1개의 건물이 생긴 것인데도 등기부상으로는 合棟, 合體 후의 건물의 구성부분에 불과한 종전건물에 대한 각각의 등기용지가 비치되어 있는 상태가 되어 1부동산 1등기용지주의의 원칙에 반하기 때문에 合棟, 合體후의 건물을 1등기용지에 기재하는 하나의 등기절차적인 방법으로 건물의 合棟, 合體에 의하여 각자의 기등기 건물이 각각 合棟, 合體후의 건물의 구성부분이 되는 점에 착안하여 기등기 건물이 멸실된 것으로 하여 양 등기용지를 폐쇄하고 合棟, 合體후의 건물에 대하여 새로운 등기용지를 설정하는 조치를 취한 것이다¹¹⁾. 그러나 이러한 등기실무에 대하여는, 건물의 合棟, 合體는 물리적으로 멸실하지 않은 兩 건물에 대하여 멸실등기를 하는 것은 실제와 부합하지 않을 뿐 아니라, 合棟, 合體 전의 건물에 抵當權등의 등기가 되어 있는 경우에는 그 건물의 멸실등기에 의하여 이러한 등기도 함께 소멸하지만, 이는 合棟, 合體의

9) 1965.7.28. 民事甲 제1717호 民事局長回答, 登記關係先例集 追加篇 4권, 476면.

10) 1972.5.26. 民事 3發 제473호 民事局 第3課長回答, 登記關係先例集 追加篇 5권 757면.

11) 都築弘, 建物の合棟, 合體と登記, 352면, 現代民事裁判の課題 ② 新日本法規, 1991, 352면 이하.

경우 실체와 부합하지 않고, 抵當權者 등의 권리보호의 관점에서 보더라도 타당하지 않다는 비판이 있었다¹²⁾.

4. 建物の合體, 合棟의 登記節次에 관한 學說

甲, 乙 건물에 主從 관계가 있을 때에는 主된 건물에 대하여 면적증가의 표시의 변경등기를 하고, 從된 건물에 대하여는 멸실등기를 하는 것으로 의견이 일치하였지만, 甲, 乙 건물에 主從의 구별이 없고, 甲, 乙 건물에 主從의 관계가 없을 때에는 다툼이 있었다. 抵當權者의 抹消登記承諾說은 사건이 등기할 경우가 아닐 때에 등기공무원이 직권말소할 수 있도록 규정한 일본 不動産登記法 제149조 제1항, 제49조 제2호, 제151조의 규정을 유추적용하여 合棟, 合體에 의한 종전 건물에 대한 말소등기를 하려고 할 때에는 그 전에 등기공무원은 抵當權者에 대하여 1월이내의 기간을 정하여 그 기간 내에 이의를 진술하지 아니 할 때에는 등기를 말소한다는 취지를 통지하게 함으로써 抵當權者가 알지 못하는 사이에 멸실등기에 의하여 등기용지가 폐쇄되는 것을 막을 수 있고, 또한 소유자가 甲, 乙 건물의 멸실등기를 신청할 때에는 먼저 건물의 보전등기의 말소등기를 신청하여야 하고, 그 말소등기의 신청에는 같은법 제146조를 유추적용하여 이해관계인인 抵當權者에게 승낙서를 첨부하게 함으로써 抵當權者는 소유자와의 교섭에 의하여 합성된 丙 건물에 대한 抵當權설정등기의 승낙을 받을 수 있도록 하자는 것이다¹³⁾. 合併登記類推說은 合棟, 合體에 의하여 실체적 권리관계를 등기절차상 반영하기 위하여는 合棟, 合體후의 丙 건물의 표시등기에 대하여, 소유자를 달리 할 때에는 A, B 共有명의로 하고, 동일 소유자 B일 때에는 甲의 B, 乙의 B라고 共有 명의로 합과 아울러 甲, 乙 양 건물 위의 抵當權이 丙 건물에 대한 각 共有持分상에 존속하는 것으로서 丙 건물의 등기용지에 移記하여 기입하자는 것이다¹⁴⁾.

12) 이동준, 전계논문, 81면.

13) 山田晟, 建物の合棟, 隔壁の除去とその登記方法(2), 法學協會雜誌 84권 11호, 152면.

14) 幾代通, 建物の合棟, 合體と登記, 不動産物權變動と登記, 1986, 194면.

5. 建物の合體, 合棟과 抵當權의 實體法上 效力에 대한 學說

甲 건물과 乙 건물이 合棟 또는 合體하여 丙 건물이 만들어진 경우에서 먼저 1) 甲, 乙 건물의 소유자가 다른 경우에서 ① 甲, 乙 건물 사이에 主從관계가 있으면 민법 제256조의 부동산에의 부합 규정을 적용 내지 유추적용하여 從된 건물이 主된 건물에 부합하고, 從된 건물의 소유권은 主된 건물에 흡수 소멸하지만, ② 甲, 乙 건물에 主從관계의 구별이 없으면 민법 제257조의 동산간의 부합 단서 규정을 유추하여 두 건물의 소유권은 소멸하지 않고 부합 당시의 시가에 상응하는 持分비율로 共有하는 것으로 되고, 만일 甲, 乙 건물에 抵當權이 설정되어 있다고 하면 민법 제260조 제2항의 첨부의 효과 규정을 유추하여 抵當權은 丙 건물에 대한 각자의 共有持分상으로 존속한다¹⁵⁾. 2) 甲, 乙 건물이 동일 소유자에 속하면서 더욱이 甲, 乙 건물에 抵當權이 설정된 경우에는 甲, 乙 각 건물에 설정된 抵當權의 효력은 확대된 丙 건물전체에 미치고, 2개의 同順位의 抵當權, 예를 들면 甲, 乙 건물 위에 각각 제1순위의 抵當權이 있었는 때에는 丙 건물상에 2개의 1순위의 抵當權이 존재하고, 그것은 각 抵當權者에 의한 抵當權의 準共有가 성립한다고 하는 抵當權準共有說¹⁶⁾과 소유자가 1인이더라도 甲 건물의 가격에 따른 비율적 持分과 乙 건물의 가격에 따른 비율적 持分은 융합하지 않고, 기존의 抵當權은 각각에 對應하는 比率的 持分上에 존속하여 종전의 한 건물에 대한 抵當權의 효력은 종전의 건물에 대응하는 共有持分에만 미치고 전체 건물에까지 미치지 않는다고 하는 所有權의 比率的 持分上 抵當權說¹⁷⁾로 갈라졌다. 지당권준공유설에 대하여는 甲, 乙 건물의 가격과 각 건물에 설정된 根抵當權의 피담보채권액과의 복합적인 문제점이 合棟된 兩 건물에 통합하여 그대로 남아 있어 법률관계를 더욱 복잡하게 한다는 비판이 있고¹⁸⁾, 所有權의 比率的 持分上 抵當權說에 대하여는 원래 抵當權은 그 목적이 甲, 乙 건물임에 반하여, 合棟에 의하여 건물(부동산)과는 전혀 별개의 권리인 소유권의 비율적 共有持分으로 당연히 이행하는 법률상 근거가 없는 이상 실체법상의 근거가 박약하다는 비판이 있다¹⁹⁾.

15) 都築弘, 前掲論文, 357-358면.

16) 山田晟, 前掲論文, 9면.

17) 幾代通, 建物の合棟, 合體と登記, 不動産物權變動と登記, 判例タイムズ, 282호, 69면.

18) 이동준, 전계논문 주 35, 83면.

19) 이동준, 전계논문 주36, 84면.

6. 日本 不動産登記法の 改正

일본은 위와 같은 등기선례를 이용하여 건물의 합체와 합동문제를 해결하려고 하였지만, 악의적인 사례로 말미암아 선의의 피해자가 발생하고, 학설상으로도 이에 반대하는 의견이 많아 부득이 1993.4.22. 不動産登記法の 일부를 개정함으로써(不動産登記の 一部를 改正하는 法律, 法律 제22호), 건물의 合棟, 合體에 대한 절차적인 근거규정을 마련하였다. 다만 법률에서는 合棟이라는 용어는 사용하지 않고 이것을 포함하는 의미에서 合體라는 용어를 사용하였는 데, 이는 현재에는 區分건물의 合體가 독립 가옥끼리의 合體 즉 종래의 合棟보다도 중요성이 있기 때문이다. 일본 부동산등기법의 조항은 다음과 같다.

第93조의 4의 2(합체에 의한 건물표시의 등기 신청)

① 數箇의 建物を 合體하여 一箇의 建物로 할 때에는 合體前の 建物の 所有者, 表題部に 記載된 所有者 또는 所有權의 登記名義人은 一箇月내에 同一한 申請書로 合體로 인한 建物表示의 登記 및 合體前の 建物の 表示의 登記의 抹消를 申請하여야 한다. 이 경우에 合體前の 建物이 所有權의 登記없는 建物과 所有權登記가 있는 建物인 때에는 合體前の 建物の 所有者 또는 表題部に 記載된 所有者를 위하여 合體後の 建物에 대하여 所有權의 登記도 申請하여야 한다.

② 數箇의 建物を 合體해서 一箇의 建物로 한 경우에 合體前の 建物이 어떤 이유로 登記없는 建物인 때에는 한 建物の 表示登記의 申請에 대해서는 前項의 規定에도 불구하고 建物を 新築한 때의 例에 의한다.

③ 第1項의 申請書에는 다음의 事項을 記載하여야 한다.

1. 合體前の 建物이 所有權의 登記가 있는 建物인 때에는 그 登記를 表示하기에 충분한 事項.

2. 合體前の 建物에 대하여 所有權의 登記 以外の 所有權에 관한 登記 또는 先取特權, 質權, 혹은 저당권에 관한 登記로 合體後の 建物에 대하여 存續해야 할 것이 있는 때에는 그 登記를 表示하기에 족한 事項.

3. 前号의 登記가 있는 경우에는 合體前の 建物の 所有權의 登記名義人이 同一한 때와 그 登記名義人이 同一하지 않은 것으로 간주되는 경우의 지분. 단 그 登

記의 登記名義人, 登記原因, 그 일자, 登記의 目的 및 接受番号가 各登記에 대하여 同一한 때에는 제외.

④ 第1項의 申請書에는 다음의 書面을 添附하여야 한다.

1. 合體前의 建物이 所有權의 登記가 있는 建物인 때에는 그 登記畢證. 但, 合體前의 各建物の 所有權의 登記名義人이 同一한 때에는 그 어느 한 建物の 所有權의 登記의 登記畢證으로 足하다.

2. 前項 第2호의 登記로 合體後의 建物の 持分위에 存續해야 할 것의 登記名義人 또는 그 위에 存續하여야 할 抵當權의 登記에 관련된 抵當證券의 소지인 혹은 裏書人이 있는 때에는 그 承諾書 또는 이에 對抗할 수 있는 裁判의 謄本.

3. 合體前의 建物에 대한 所有權의 登記以外의 所有權에 관한 登記 또는 先取特權, 質權 혹은 抵當權에 관한 登記를 하여 第1項의 申請書에 記載되어야 할 때에는 그 登記의 登記名義人이 權利의 消滅을 承諾한다는 것을 證明하는 書面 또는 이에 대항할 수 있는 裁判의 謄本

⑤ 第81조 第3項 및 제93조第2項 및 第3項의 規定은 第1項 前段의 登記의 申請 또는 申請書에, 제81조의 4 第2項의 規定은 垜地權의 表示를 登記한 合體前의 建物에 대하여 建物만에 관련된다는 취지를 附記하지 않고 一般의 先取特權, 質權 또는 저당권의 登記가 있는 것이 垜地權없다고 된 경우에 第1項의 申請書에, 第44조 및 第44조의 2의 規定은 前項 第1호에 기재된 登記畢證이 滅失된 경우에, 제56조 第2項의 規定은 前項 第2호에 기재된 때에, 제83조제5항의 規定은 前項 第3호에 기재된 된 때에 이를 준용한다.

⑥ 第93조의 3 第2項 내지 第4項의 規定은 合體前의 建物이 垜地權의 表示를 登記한 경우에 第1項 前段의 登記의 申請에 同條 第5項의 規定은 合體前의 建物이 垜地權의 表示를 登記한 것이 아닌 경우에 第1項 前段의 登記의 申請에 이를 적용하지 아니한다.

제93조의 12의 2(건물합체의 경우의 중전건물에 관하여 이루어진 등기의 처리)

① 合體로 因한 建物の 表示의 登記를 한 경우에 合體前의 建物에 대하여 第93조의4의 2 第3項 第1호의 登記가 있는 때 혹은 同條 第1項 後段의 登記의 申請이

있는 때에는登記用紙中 甲區事項欄에 表題部에 記載한 所有者의 성명, 주소, 合體로 因하여 그 자의 所有權의 登記를 한다는 趣旨 및 그 年月日을 記載하고 登記官이 捺印할 것을 요한다. 이 경우에 同項 後段의 規定에 의한 申請으로 因한 登記를 한 때에는 申請書 접수의 연월일 및 접수번호도 記載하여야 한다.

② 合體前의 建物에 대하여 第93조의 4의 2 第3項 第2호의 登記가 있는 때에는 合體前의 建物の 登記用紙로부터 合體後의 建物の 登記用紙中 相當區事項欄에 그 登記를 이기하고 末尾에 本項의 規定에 依하여 登記를 이기한다는 취지 및 그 年月日을 기재하고 登記官가 捺印할 것을 요한다.

③ 申請書에 第93조의 4의 2 第4항 第3호 혹은 同條 第5項에 準用하는 第83조 第5項의 規定에 의하여 權利의 消滅을 承諾하였다는 것을 증명하는 書面 또는 對抗할 수 있는 裁判의 謄本이 첨부된 경우에는 合體前의 建物の 登記用紙 中 그 권리에 관한 登記에 그 權利가 소멸한다는 취지를 부기하여야 한다.

④ 第93조의 16의 規定은 垆地權의 表示登記가 있는 건물이 合體한 경우에 合體後의 건물에 대하여 垆地權의 표시를 登記하지 아니한 때에 이를 준용한다.

⑤ 第93조의 4의 規定은 合體後의 建物에 대하여 垆地權의 표시를 登記한 경우에도 合體前의 建物에 대하여 垆地權의 표시의 登記가 있을 때에는 이를 適用하지 않는다.

⑥ 第88조의 規定은 合體前의 建物の 표시의 登記의 抹消에 이를 準用한다. 단, 그 建물이 一棟의 建物を 구분한 것이 된 때에는 登記用紙를 閉鎖하지 않아도 된다.

일본 부동산등기법의 중요한 개정내용을 살펴보면, 등기 건물이 合體한 경우에는 소유등기명의인은 1개월내에 동일 신청서로서 合體전 건물에 대한 말소등기와, 合體로 인한 건물의 표시등기를 하고(제93조의 4의 2 第1항), 제3항은 1항의 신청서에 기재할 사항으로 合體前 건물이 등기건물일 때에는 그 기재사항(1호), 合體전 건물에 소유권등기 이외의 소유권에 관한 등기 또는 선택특권, 질권, 抵當權에 관한 등기가 合體後의 건물에 존속할 때에는 그 기재사항(2호), 위와 같이 合體전 건물에 소유권 이외의 등기가 있는 때에는 合體전 건물소유권의 등기명의인이 동일하더라도 그 등기명의인이 동일하지 않은 것으로 간주되는 경우의 持分 表

示(3호)를 하여야 하고, 제4항은 1항의 신청서에 첨부할 서면으로서, 등기건물인 경우 등기필증(1호), 3항의 2호와 같이 소유권 이외 등기가 있는 경우에는 합體후의 건물의 持分上에 존속하는 등기명의인(또는 抵當權의 경우는 저당중권소지인)의 승낙서 또는 대항할 수 있는 판결 등본(2호), 합體前 건물에 있는 소유권 이외의 등기 抵當權 등이 1항의 신청서에 기재 되지 않은 때에는 그 등기 명의인의 권리 소멸을 승낙한 서면 또는 대항할 수 있는 재판의 등본(3호)을 첨부하도록 규정하고 있다. 이것은 건물의 합體시에는 건물 소유자가 합體를 원인으로 한 구 건물의 표시등기의 말소등기와 신 건물의 표시등기 신청을 하여야 하고, 그 등기과정에서 구 건물위에 소유권등기 이외의 소유권에 관한 등기가 있으면, 그 등기는 원칙적으로 합體후의 건물에 존속하게 하여 합體후의 건물에 대한 등기부에 移記하고, 이러한 소유권이외의 등기가 있는 때에는 합體前 건물의 소유자가 동일하더라도 동일하지 않는 것으로 간주하여 그 持分을 표시하도록 하였다. 이에 따른 등기절차를 보면, 합體전의 건물에 대하여는 표시등기의 말소등기를 함과 동시에 등기용지를 폐쇄하고, 합體후의 건물에 대하여는 ① 소유자가 같고, 抵當權 등의 부담이 없는 경우에는 합體후의 건물의 표시등기를 하고(법 제93조의4의 2 제1항 전단), ② 소유자가 같고, 抵當權 등의 부담이 있는 경우에는 동일인 명의의 각자의 共有持分 비율에 따른 표시등기(제93조의 4의 2 제3항 제3호)를 하되, 抵當權者의 승낙서 등의 첨부(제93조의 4의 2 제4항 제2호)를 요하고, ③ 소유자가 다르고, 抵當權 등의 부담이 없는 경우에는 각자의 共有持分比率에 따른 표시등기를 하되, 일방의 신청시에는 共有持分을 승인하는 타방의 승낙서 등의 첨부(제93조의 4의 2 제4항 제2호)를 요하고, ④ 소유자가 다르고, 抵當權 등의 부담이 있는 경우에는 ②, ③의 복합형에 해당한다고 하여 이에 따르도록 하고 있다.

7. 日本의 最高裁判所 判決

건물의 合棟, 合體와 관련하여 일본의 하급심은 동일인 소유로서 각 區分所有의 목적이 된 건물로서 서로 대등의 관계에 있던 2개의 구 건물의 合體가 이루어져서 구 건물에 대하여는 區分所有의 소멸을 등기원인으로 한 건물의 滅失등기가 이루어지고, 새로 생긴 건물에 대하여는 증축을 등기원인으로 한 건물의 표시등기가 경료된 사안에 대하여, 종전건물은 合體에 의하여 생긴 건물의 구성부분으로 되고,

구 건물에 설정된 각 抵當權은 合體에 의하여 소멸되는 것은 아니고, 적어도 구성 부분으로 된 구 건물 상당분에 대하여 존속하는 것이라고 해석하여야 하고, 동일 소유자의 소유물이라 하더라도 抵當權의 제약이 존재하는 한도 내에서는 구 건물 상당분에 상응하는 持分을 관념화할 수 있고, 抵當權은 이러한 持分위에 존속하여야 한다²⁰⁾고 판시하였다. 이 판결에 대한 상고심에서도 상호 주종관계에 있지 아니한 甲, 乙, 2棟의 건물이 그 間의 隔壁을 제거하는 등의 공사에 의하여 1棟의 丙 건물이 된 경우 甲건물 또는 乙건물을 목적으로 설정된 저당권은 丙건물중 甲건물 또는 乙건물의 가격 비율에 상응하는 지분을 목적으로 하여 존속한다²¹⁾고 판시하였다. 이 판결은 소유자를 같이 하는 두 건물의 合棟, 合體의 경우에 종전 건물에 설정된 抵當權의 효력에 관한 학설중 所有權의 比率的 持分上 抵當權說에 따른 것이다.

8. 大法院의 決定

우리나라도 건물의 합동에 관한 사례로서 경매단계에서 문제가 된 사례가 있다. 사건 채권자인 소외 A는 1989.4.27. 再抗告人인 소외 B에게 금원을 대여하면서 그 대여금 채권담보를 위하여 위 B 소유의 토지 및 그 지상 건물에 관하여 채권자 겸 根抵當權者 A, 채무자 겸 根低當設定者 B로 된 채권자 명의의 根抵當權 設定登記를 경료받았다가 그후 채무자인 위 B의 대출금 지급 연체에 따라 A는 1992.1.21. 위 根低當權에 기하여 위 B 소유의 토지 및 그 지상 건물에 대하여 부동산 임의경매신청을 하고, 이에 법원에서는 이 사건 토지 및 그 지상건물에 대하여 부동산 임의경매 개시결정을 한 다음 民事訴訟法상의 담보권실행을 위한 경매 규정에 따라 경매절차를 진행하였다. 그런데 競賣法院의 부동산평가명령에 의한 감정인의 감정보고서의 기재에 의하면, 이 사건 토지 및 그 지상 건물중 이 사건 건물부분은 위 根抵當權이 설정된 이후인 1991년경 대수선으로 인하여 위 건물과 바로 연접한 再抗告人 B와 소외 C의 共有인 지상 5층 건물 및 소외 D의 7명의 共有인 지상 5층 건물과 결합되어 현재에는 6층 건물 1동으로 변하였고, 이러한 새로 변한 건물 중에서 종전의 이 사건 경매대상 건물의 형태나 면적 등을 측정할

20) 일본 大阪高裁 1991.9.30. 判例時報 1418호, 89면.

21) 일본 最高裁 1994.1.25.

수 없음은 물론 그에 해당하는 부분을 특정할 수 없는 상태에 이르렀다. 그럼에도 불구하고 競賣法院은 이 사건 대지 및 건물에 관하여 경매명령을 하였고, 그 후 이 사건 토지 및 그 건물은 여러 차례 경매불능되었다가 1993.4.19. 소외 E가 최고가 매수신고를 하여, 競賣法院이 같은 달 22. 최고가로 매수신고한 위 E에게 이 사건 토지 및 그 지상 건물에 대한 경락허가 결정을 하였으나, 채무자 겸 소유자인 위 B는 1993.4.28. 위 부동산 경락허가결정에 대하여 즉시항고를 제기하면서 즉시항고장에서 경락가격이 저렴하다는 항고이유를 내세웠다.

원심법원은 부동산의 경락가격이 시가에 비해서 저렴하다는 주장은 단순히 경매 부동산의 경락가격을 다투는 것으로서 이는 적법한 항고이유가 될 수 없다 할 것이고, 그밖에 이 사건 기록을 자세히 살펴보아도 달리 원심결정을 취소할 만한 아무런 사유가 발견되지 않는다²²⁾ 하여 항고를 기각하였다.

이에 대하여 再抗告人 B는 이 사건 경매부동산중 건물부분은 단일한 독립된 건물이 아니고 4필지의 대지 및 위 대지상에 건축된 건물의 일부분만을 공동소유하고 있는 共有持分の 일부에 불과하므로 競賣法院으로서는지 사건 경매목적물을 특정하거나 아니면 共有持分에 대하여 경매를 하여야 할 것이라고 주장하였다.

이에 대하여 大法院은 다음과 같은 이유로 再抗告人의 재항고 이유중 두번째 점은 이유있다고하여 원심결정을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다. 사건 경매대상 건물이 인접한 다른 건물과 合棟됨으로 인하여 건물로서의 독립성을 상실하게 되었다면 이 사건 경매대상 건물만을 독립하여 양도하거나 경매의 대상으로 삼을 수는 없고, 이러한 경우 이 사건 경매대상 건물에 대한 채권자의 根抵當權은 위 合棟으로 인하여 생겨난 새로운 건물중에서 위 경매대상물이 차지하는 비율에 상응하는 再抗告人(채무자겸 건물 소유자)의 共有持分 위에 존속하게 된다고 할 것인 만큼 根抵當權者인 채권자로서는 이 사건 경매대상 건물 대신 위 再抗告人의 共有持分에 관하여 경매신청을 할 수밖에 없다. 따라서 이 사건 경매대상 건물에 관하여 생긴 위와 같은 사유는 民事訴訟法 제728조에 의하여 이 사건 抵當權의 실행을 위한 경매에 준용되는 같은법 제635조 제2항 단서, 제633조 제1호 소정의 경매한 부동산이 양도할 수 없는 것으로서 강제집행을 허가할 수 없는 때에 해당하게 될 것이므로, 원심법원으로서는 抗告人이 위와 같은 사유를 주장하지 아니하였다 할지라도 民事訴訟法 제635조는 항고심에도 준용되므로 직권으로 이러한 점

22) 서울 민사지법 1993.5.20 93라460 결정.

을 심리하여 이 사건 건물에 대한 경락을 허가하지 아니 하였어야 할 것이고, 이처럼 이 사건 경매대상토지와 그 지상건물중 건물에 관하여 경락불허의 사유가 있을 때에는 건물뿐 아니라 토지에 관하여도 경락을 불허함이 상당하고(大法院 1971.4.20. 70마39호 결정) 원심 競賣法院이 이 사건 경매대상 부동산에 관하여 경락을 허가한 것은 잘못²³⁾이라고 하였다.

건물의 합동, 합체와 관련한 경매절차에 대하여 경매법원은 저당권에 기한 경매 신청 채권자들이 저당건물이 저당권 설정 이후에 소유자에 의하여 합동된 사실을 알지 못한 채 등기부상에 나타난 대지 및 그 지상 건물에 대한 경매신청을 하게 되면 경매법원은 신청한 그대로 경매개시결정을 함과 아울러 경매준비 절차로서 부동산의 현황조사명령(민사집행법 제85조 제1항)과 최저경매가격을 정하기 위하여 감정인에게 경매목적 부동산의 평가를 명하여야 하고(민사집행법 제97조 제1항), 이러한 현황조사명령에 대한 보고서나 감정인의 감정평가서가 경매법원에 제출됨으로써 그때 비로소 당초의 저당 건물에 합동이나 합체 등이 있었던 것으로 판명되었을 경우에 경매법원으로서 종전건물의 저당권의 효력이 이러한 합체 등의 건물에 어떤 범위 내에서 미치는지의 여부와 이를 경매목적물에 포함시킬 것인지 여부를 판단한 다음 경매대상물에 포함될 경우에는 경매물건명세서에 이러한 합체 등의 건물이 경매목적물에 포함된다는 취지를 기재함과 아울러 경매기일을 공고하여 경매절차를 진행하여야 할 것이다.

9. 問題의 解決

건물의 合棟, 合體에 대한 법률관계를 종전의 일본의 등기선례에 따라 건물이 물리적으로 멸실된 경우에 하계되는 멸실등기를 하고, 이에 따라 건물의 표시등기를 폐쇄하게 되면, 合棟, 合體전의 건물에 대하여 抵當權登記가 설정되어 있다 하더라도 抵當權者에 대한 통지 또는 그 승낙서의 첨부을 필요로 하지 않게 된다. 이렇게 되면 抵當權者가 알지 못하는 사이에 抵當權이 소멸되어 버리게 되고, 설령 合棟, 合體후의 건물에 다시 抵當權을 설정할수 있다 하더라도 이에 앞서 새로운 抵當權이 설정되거나 기타 처분이 있으면 결국 抵當權者는 권리를 보전할 수

23) 대결 1993.11.10, 93마929.

없게 된다. 따라서 건물의 合棟 등으로 인하여 구 건물이 멸실되는 것으로 보아 그 抵當權도 함께 소멸하는 것으로 본다면 이는 抵當權者에게 不測의 부당한 손해를 입게 하는 것으로 이러한 견해는 문제가 있다.

결론적으로 건물의 합동, 합체에 대하여는 부동산의 부합을 인정하는 대법원 판결²⁴⁾의 취지에 따라 부합이론에 따라 해결하는 것이 합리적이다²⁵⁾. 건물의 合棟, 合體라는 것은 종래의 각 건물이 구조상의 독립성을 상실함으로써 새로운 건물의 구성부분으로 되고 합체된 건물은 종래의 복수의 건물이 합성되어 한 개의 건물이 되어 소유권의 객체로 되는 것인 만큼 이는 결국 일종의 부동산과 부동산의 부합에 해당한다고 보아야 할 것이고, 이 경우 종래의 건물상에 존재한 소유권 기타 권리에 대하여는 부합이론에 의하여 실제적 권리관계를 확정하는 것이 합리적이다. 그래서 從屬관계에 있는 건물의 合棟, 合體의 경우에는 민법 제256조에 의하여 主된 건물의 소유자가 합성된 從된 건물의 소유권을 취득하고 따라서 主된 건물에 설정된 抵當權은 합성된 새로운 건물위에 존속하고, 從屬관계가 없이 主從의 구분이 없는 건물의 合棟, 合體의 경우에는 各 所有者는 민법 제257조의 동산간의 부합단서 규정을 유추하여 부합 당시의 건물 시가에 상응하는 持分比率로 共有하는 것으로 되는 바, ① 소유자가 다른 경우 민법 제260조 제2항의 첨부의 효과 규정을 유추하여 抵當權은 合體후의 건물에 대한 각자의 共有持分 위에 존속하고, 合棟, 合體후의 건물에 舊建物の 가격 비율에 상응하여 共有한다고 보아야 한다. ② 소유자가 동일한 경우에는 合體가 되더라도 抵當權者에 대한 관계에서는 소유자가 동일하지 않는 것으로 간주하여 合體후의 건물에 대한 共有持分權 위에 존속한다고 하여야 한다. 마지막으로 건물의 합체 및 합동에 대하여 규정이 전혀 없는 우리 법제에서는 일본의 改正 不動産登記法과 같은 내용의 법 개정이나 시행규칙의 개정 또는 등기에규의 제정 등이 시급히 필요하다.

24) 대판 1962.1.31.4294민상445.

25) 윤진수, 건물의 합동과 지당권의 운명(하), 사법행정, 1994.8, 63면; 이동준, 전계논문, 90면이하.