

사실확인서가 부동산등기법 제131조 제2호의 “기타 시, 구, 읍, 면의 장의 서면”에 해당하는지 여부

【선례요지】 부동산등기법 제131조 제2호 소정의 소유를 증명하는 “시, 구, 읍, 면의 장의 서면”에 해당하기 위해서는 시, 구, 읍, 면의 장이 발급한 증명서로서, 건물의 소재와 지번, 건물의 종류, 구조 및 면적 등 건물의 표시와 건물의 소유자의 성명이나 명칭과 주소나 사무소의 소재지 표시 등의 요건을 갖추어야 하고, 시, 구, 읍, 면의 장이 발급한 사실확인서가 위 요건을 모두 구비하였다면 “기타 시, 구, 읍, 면의 장의 서면”에 해당할 수 있다. 다만, 구체적인 경우에 그 해당 여부는 담당등기관이 판단할 사항이다.

[1999. 7. 27. 등기 3402-775 질의회답]

- 『유사선례』 1. 1996. 10. 7. 등기 3402-787 질의회답, 선례요지집 V 246
2. 1997. 6. 10. 등기 3402-406 질의회답, 선례요지집 V 249
3. 1999. 3. 3. 등기 3402-201 질의회답

《해 설》

1. 부동산등기법은 제131조 제2호에서 미등기건물의 소유권보존등기를 할 수 있는 자로 “기타 시, 구, 읍, 면의 장의 서면에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자”를 규정하고 있다. 이때 시, 구, 읍, 면의 장의 서면에 구체적으로 무엇이 해당할 것인가의 문제가 있다. 이러한 서면으로 통상 거론되는 것은 사용승인서, 착공신고서, 공정확인서, 현황조사서, 건축허가서, 사실확인서 등인데, 그 중 특히 사실확인서가 실무상 많이 활용되고 있고 문제점도 있는 것으로 보인다.

건축물사실확인서에 의한 건물보존등기의 가부에 관하여는 등기예규 제901호

(이하 ‘동예규’라고 약칭함)에서 규정하고 있는데 동예규는 제1항에서 시, 구, 읍, 면의 장의 서면에 해당하기 위한 요건을 제시하고 있고, 제2항에서는 구체적인 판단기준을 제시하고 있는바, “사실확인서”는 위 서면에 해당하지 않는다고 규정하고 있다. 그렇다면 동예규 제1항에서 제시한 요건을 모두 구비하였어도 “사실확인서”라는 명칭을 사용한 서면은 위 서면에 해당되지 않는다고 볼 것인지, 명칭이 “사실확인서”라도 제1항에서 제시한 요건을 모두 구비하였다면 위 서면에 해당한다고 보아야 할 것인지가 문제된다

2. (1) 부동산등기법은 건물의 소유권을 증명하여 줄 수 있는 자로 시, 구, 읍, 면의 장을 규정하고 있음에도 실무에서 문제되는 사실확인서에는 군수가 발행한 사실확인서가 많이 있다. 이 경우 “군수”는 부동산등기법상의 규정에는 적시되어 있지 않으므로 군수가 발행한 사실확인서도 적법한 사실확인서라고 볼 수 있는가의 문제도 있다.

부동산등기법에는 건물의 소유권을 증명하여 줄 수 있는 자로 1960. 1. 1. 법률 제536호로 제정될 당시부터 “시, 구, 읍, 면의 장”으로 규정되어 있었다. 그런데 1962. 1. 20. 법률 제984호로 제정된 건축법에는 건축허가권자가 시장 또는 군수(구 건축법 제5조)로 되어 있었고, 군수는 권한의 일부를 읍, 면장에게 위임(구 건축법 제14조)할 수 있도록 하고 있었으며, 1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전면 개정된 건축법에서는 건축허가권자를 시장, 군수, 구청장으로 규정(건축법 제8조)하고 있다. 또한 1992. 6. 1. 제정된 건축물대장의 기재 및 관리 등에 관한 규칙에서도 건축물대장의 작성권자를 시장, 군수 또는 구청장으로 하고 있다. 그러므로 부동산등기법이 제정된 후 제정되어진 건축법 등 관계 법령에서는 건축의 허가 등 권한을 시장과 군수에게 부여한 것으로 보이며, 구청 등 실무부서에서도 건축에 관한 민원의 대부분은 구청이나 군청에서 처리하고 있다고 한다.

부동산등기법에서 “시, 구, 읍, 면의 장”이라고 규정한 것은 행정적으로 권한있는 기관에 의하여 적법하게 발급된 서면이라는 뜻으로 해석할 때 군수 작성의 사실확인서라도 부동산등기법의 규정과 어긋난다고는 볼 수 없다고 생각

된다.

사실확인서의 발급은 민원사무처리에 관한 법률시행령 제2조의 규정에 근거를 둔 행정자치부의 사실확인서발급지침에 관한 예규에 의한다.

(2) 사실확인서를 소유권증명서면으로 볼 수 있는지에 대한 검토

① **실질설** 다음과 같은 이유에서 사실확인서라는 명칭을 사용하였어도 실질적으로 동예규 제1항에서 제시하는 요건을 모두 구비하였다고 판단되면 시, 구, 읍, 면의 장의 서면에 해당된다고 보아야 한다는 견해가 있을 수 있다.

○ 문서는 그 제목이나 형식보다는 실질적인 내용에 의하여 판단해야 된다. 내용이 법령이 요구하는 것을 모두 충족한다면 제목이나 형식에 구애받을 필요가 없다.

○ 부동산등기는 부동산물권관계를 공시하는 작용을 하는 것인데 현재 건물이 완공되어 있다면 비록 대장이 작성되지 않은 채 등기가 이루어진다고 하더라도 부동산등기의 공시기능을 해하지 않는다.

○ 담당공무원의 현장확인에 의하여 사실확인서가 발급되고 있기 때문에 부정확한 사실확인서가 발급될 가능성이 거의 없으므로, 실무상 건축물사실확인서의 발급과정이 정확하고 적법하게 이루어지고 있는 점을 고려하여야 한다.

○ 신속한 채권확보의 필요성이 있다. 실무상 사실확인서에 의한 건물보존등기는 대부분이 강제경매나 가압류신청채권자의 대위촉탁에 의해서 행해지고 있다. 채무자가 건물을 완공하고도 준공검사를 늦추는 등으로 채권자의 채권실행에 방해를 하는 경우 채권자의 적극적 채권확보 노력을 인정할 필요가 있다.

○ 공익에도 도움이 된다. 보존등기가 이루어짐으로써 당사자가 건축물대장을 만드는 것을 독촉하는 효과도 있고 세금징수도 용이하다.

② **형식설** 사실확인서라는 서면은 시, 구, 읍, 면의 장의 서면에 해당하지 않는다고 보아야 한다는 견해로서, 그 논거로는 다음과 같은 것들이 있을

수 있을 것이다.

- 예규나 판례에 반한다는 것이다. 동예규는 제1항에서 부동산등기법 제131조 제2호 소정의 소유를 증명하는 “시, 구, 읍, 면의 장의 서면”에 해당하기 위해서는 시, 구, 읍, 면의 장이 발급한 증명서로서, 건물의 소재와 지번, 건물의 종류, 구조 및 면적 등 건물의 표시와 건물의 소유자의 성명이나 명칭과 주소나 사무소의 소재지 표시의 요건을 모두 구비하여야 한다고 하면서, 제2항에서는 위 서면에 해당하는지 여부에 대해 구체적으로 문제되는 경우를 예시하고 있는데, 그 중 사실확인서는 제131조 제2호 후단의 서면에 해당하지 않는다고 하고 있다. 또한 판례(대법원 1992. 12. 28.자 92그32 결정)도 위 예규와 같은 내용을 확인하고 있다.
- 사실확인서의 기재 내용이 동예규 제1항에서 제시하는 요건을 모두 구비하였는가 하는 것을 판단하는 과정에서 각 등기관마다 차이가 있을 수 있고 이는 법적인 안정성을 해칠 수 있으며, 사실확인서의 기재 내용을 등기부에 기입한 후 나중에 만들어진 건축물대장의 기재 내용과 등기부의 기재가 다를 수 있다.
- 사실확인서 발급과정의 적정성에 의문이 있을 수 있다. 현재 사실확인서는 민원제기에 대한 민원해결의 차원에서 발급하고 있는 것이 현실인데 담당공무원이 민원인의 주장에 이끌려 부정확한 사실확인서를 발급할 가능성이 있다.
- 건물이 어느 정도의 건축단계에 이르렀을 때 그것을 독립한 부동산으로 볼 것인가의 문제가 있다. 판례(대법원 1986. 11. 11. 선고 86누173 판결)는 최소한의 기둥과 지붕 그리고 주벽이 이루어지면 이를 법률상 건물로 볼 수 있다고 판시하고 있는바, 실제로 건물로서 완공되지 않은 건축물에 대하여 담당공무원의 자의적인 판단에 의해 독립한 건물로 보아 사실확인서가 발급될 우려가 있다.
- 보존등기명의인과 보존등기 후에 만들어진 건축물대장의 명의인이 달라질 가능성이 있다. 사용승인이 나기 전까지는 건축주명의변경이 가능하므로 사

실확인서에 의해서 건물의 보존등기가 경료된 후 건축주명의변경이 이루어지면 결국 등기명의인과 실제 건축주가 달라질 가능성이 있어 선의의 피해자가 발생할 우려가 있다(사용승인이 나기 전까지 건축주명의변경이 가능한 근거는 건축법 제18조의 해석에 의한 것이다. 동조는 “건축주”의 신청에 의해서만 사용승인의 허가 여부를 결정하게 되어 있으므로 건축주 외의 자는 사용승인을 신청할 수 없으며, 허가권자에 의해 건물의 사용승인이 나면 그 건물은 실제로 건물로서의 사용을 허가해 준 것이기 때문에 그 이후의 건축주명의변경은 일반 매매관계로 규율된다). 또한 건물의 보존등기가 경료된 후 등기소에서 건축물대장 소관청에 통지를 하게 되지만(법 제68조의2 제1호), 대장소관청의 실무상 업무처리를 건축물의 사실확인서발급, 준공, 사용승인, 허가 등의 업무는 건축과에서 담당하고, 건축물대장에 관한 업무는 지적과에서 담당하고 있어서, 실무적으로 위 통지를 지적과에서 처리한 후 건축과와는 업무협조가 이루어지지 않을 수 있다. 그러므로 건축과에서는 사실확인서의 발급을 해준 후 실제로 사실확인서상의 소유명의인이 건물보존등기상의 소유명의인과 동일인인지도 확인할 수 없다.

- 건축물대장없이 보존등기가 이루어짐으로써 당사자가 건축물대장을 만드는 것을 방지하여 대장없는 등기가 장기간 지속될 수 있으며, 대장없이 소유권의 이전이 가능(법 제40조 제8호 후단)하다고 하더라도 이는 바람직한 것이 아니고 대장과 등기의 일치원칙에 비추어 보아도 대장없는 등기는 가능한 억제하는 것이 바람직하다.
- 예규는 건축물사용승인서를 위 서면에 해당한다고 규정하고 있다. 건축법은 사용승인을 얻은 후가 아니면 그 건축물을 원칙적으로 사용하지 못하도록 하고 있고(건축법 제18조 제3항), 건축물대장의 기재 및 관리 등에 관한 규칙 제5조에서는 사용승인에 관한 서류에 의하여 건축물대장을 작성하여야 한다고 하고 있다. 그러므로 대장작성의 전단계라고 할 수 있는 사용승인서를 활용하면 되지 굳이 법적 근거도 불명확하고 현실적으로 그 정확성에 의문이 있는 사실확인서를 위 서면으로 인정할 필요가 없다.

3. 사안의 검토 소유권보존등기는 소유권을 증명하는 서면을 첨부하여 신청하여야 하는바, 건물에 대한 소유권보존등기에 있어서의 소유권증명서면으로 부동산등기법 제131조는 건축물대장등본, 판결 기타 시, 구, 읍, 면의 장의 서면, 수용재결서 등을 들고 있다. 소유권보존등기신청의 진정성을 담보하기 위하여 그 신청자격과 자격증명의 방법을 엄격하게 제한할 필요성이 있으므로, 부동산등기법은 소유권보존등기시의 소유권증명서면을 엄격히 제한하고 있는 것이다.

그런데 대장등본이나 판결 등은 절차의 엄격성과 형식의 완비로 인하여 소유권증명서면으로 제출하는데 있어 의심이 없지만 시, 구, 읍, 면의 장의 서면은 개념의 불명확성으로 인해 어떠한 서면을 위 서면에 해당한다고 볼 것인지 의문이 제기되고 있는바, 이에 대하여는 동예규가 제정되어 등기관의 판단에 대한 기준을 제시하고 있다.

본 사안의 질의의 취지는 준수발행의 사실확인서는 동예규 제2항에서 시, 구, 읍, 면의 장의 서면에 해당하지 않는 것으로 예시하고 있으므로, 비록 그 서면의 내용이 제1항에서 규정한 요건을 갖추었다고 하더라도 소유권증명서면으로서의 시, 구, 읍, 면의 장의 서면에 해당하지 않는다고 볼 것인지에 대한 것이다.

부동산등기법에서 시, 구, 읍, 면의 장의 서면에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자는 건물에 대한 소유권보존등기를 신청할 수 있도록 규정하고 있는 취지는, 건축물대장이나 판결 등과 같이 그 문서 자체에서 소유권을 증명할 수 있는 성질을 구비하고 있지 않다고 하더라도 행정청에서 발급한 증명서가 건물의 소유관계를 증명할 수 있는 증명력이 있다면 그 문서에 의한 소유권보존등기도 가능하도록 함으로써 소유권보존등기신청에 있어 소유권증명서면의 선택에 융통성을 부여한 것이라고 할 것이다. 본 사안과 직접 관련된 것은 아니지만 판례(대법원 1992. 11. 27. 선고 92누 4239 판결) 중에는 “부동산등기법 제131조는 건물에 대한 소유권보존등기는 일정한 증명에 의하여 소유권을 증명하는 자에 한하여 신청할 수 있도록 규정하면서 같은 조 제2호에서 그러한 증명이 있는 자의 하나로 ‘판결 기타 시, 구, 읍, 면의 장의 서면에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자’를 들고 있는바, 여기서 시, 구, 읍, 면의 장의 서면에 의하여 자기의 소유권을 증명

한다고 함은 행정청이 사무를 처리하는 과정에서 발급한 증명서가 건물의 소유관계도 증명하는 증명력이 있는 경우에 이를 건물의 소유권증명자료로 인정하여 보존등기를 할 수 있도록 한다는 뜻일 따름이지 위 규정으로써 직접 국민에게 행정청에 대하여 소유권증명자료의 발급을 신청할 권리를 부여하거나 행정청으로 하여금 소유관계를 확인하여 소유권증명서면의 발급 여부를 결정하여야 할 의무를 지우는 것은 아니다”라고 판시한 것이 있다.

질의에 대한 회신은 문서의 명칭이 중요한 것이 아니라 그 서면이 소유권을 증명하는 서면으로서의 적격을 구비하고 있는가 하는 것이 중요한 점이라고 본 것이다. 즉 서면의 명칭이 “사실확인서”라고 하더라도 동예규 제1항에서 규정하고 있는 요건을 충족하였다면 소유권증명서면으로 볼 수 있다고 하였다.