



# 현행법상 묘지의 등기방법과 문제점 소고

Die Betrachtung des Eintragung der Grabstätte im Grundbuch

소 재 선\* / 이 경 용\*\*

(SO, Jae-Seon / Lee, Kyung-Yong)

## < 차 례 >

- I. 서론
- II. 부동산등기신청시 필요한 첨부정보와 첨부서면
- III. 현행법상 묘지의 경우 구체적인 등기방법과 그 문제점
- IV. 결론

주 제 어 : 묘지, 관습법상, 분묘기지권, 토지개발, 묘지이장, 등기, 개발계획, Grabstätte, Landentwicklung, gewohnheitsrechtliches, Grabstützpunktrecht, Grabstätteumzug, Grundbuch, Entwicklungsplan.

## I. 서론

우리의 묘지제도는 우리민족의 오랜 인습과 전통에 한국 특유의 풍수지리설과 유교의 효(孝) 관념에 의한 조상숭배정신이 작용하여 묘제에 큰 영향을 미쳤으며 이에 따라 화장보다는 토지에 시신을 안장하는 분묘의 방법을 많이 택해 왔다.<sup>1)</sup>

\* 경희대학교 법학전문대학원 교수 / 경희법학연구소 연구위원 / 법학박사.

\*\* 경희법학연구소 연구원 / 법학박사 / 법무사.

(투고일자: 2013. 05. 12, 심사일자: 2013. 05. 24, 게재확정일자: 2013. 06. 12)

1) 우리나라의 묘지제도는 불교가 융성하였던 신라 때부터 고려 말에 이르기까지는 불교양식에 의한 화장을 주로 하였으나, 조선시대에 이르러 승유억불정책에 의하여 화장 대신에 매장할 것을 장려하였고, 성종 5년(1477년)에는 부모의 화장을 중벌로 다스림으로써 매장위주의 장묘관행이 행하여지게 되었다. 그리고 매장을 할 때는 풍수지리설에 따라 명당이라

그런 까닭으로 전국적으로 묘지가 산재하고 있을 뿐만 아니라, 묘지가 확대 및 점증되어 국토의 침식과 개발을 저해하고 환경을 파괴하며 국토이용계획과 지역 개발을 저해하는 등의 많은 문제점이 지적되어 왔다. 특히 이러한 문제는 전·답·과수원 등 농지에 위치한 묘지의 경우에는 토지소유권을 허용권화 한다는 비판이 제기되어 왔다. 결국 이러한 한국사회에서의 묘지의 문제는 사회적인 문제를 뛰어 넘어 국가적 차원에서 해결하여야 할 문제로 확대되고 있는 것이다.<sup>2)</sup>

묘지는 법률적<sup>3)</sup>으로나 사회적 관념에 의하여 지나친 보호를 받고 있어, 묘지의 소유자 등 연고자와 개발주체 사이에 대립이 발생하면 오랫동안 분쟁상태가 지속되는 경향이 있으며 이 때문에 토지개발 계획이 장기간 지연되고, 심지어는 개발자체가 중단되는 경우도 왕왕이 발생하고 있다. 특히 타인의 토지에 묘지가 설치되어 있는 경우 관습법상 분묘기지권이 성립되어 있을 수도 있고, 토지대장에 묘지의 소유권자로 등록되었으나 미등기토지로서 소유권보존등기를 할 수도 없는 경우도 있으며 또한 소유권보존등기 또는 이전등기가 되어 있더라도, 그 소유권자를 실질적으로 파악하지 못하는 경우가 발생한다. 따라서 묘지에 대한 소유권자를 제대로 파악할 수 있다면, 그 소유권자와의 협의를 통하여 이장의 방법 등으로 이묘하고, 그 해당 묘지에 대한 소유권이전등기 등의 절차를 취할 수 있기 때문에, 묘지 등에 대하여 법률적으로 소유권자 및 연고권자가 누구인지에 대하여 파악하는 것이 중요하다. 그런데 공설묘지<sup>4)</sup>나 공원묘지<sup>5)</sup>에 대하여는 특별

고 여기는 곳을 찾아다니며 거리의 원근이나 가격의 고하를 막론하고 행하여 졌다(정조근/송영민, “장묘법제의 한중일 비교연구”, 『토지법학』 제20호, 한국토지법학회(2004), 3-5면).

- 2) 소재선/이경용, “부동산소유권이전등기 등에 관한 특별조치법의 개선방안: 특히 법률 제 7500호를 중심으로”, 『경회법학』 제47권 제4호(2012), 509면.
- 3) 형법 제12장(신앙에 관한 죄)에서는, 장식등의 방해(제158조), 사체 등의 오욕(제159조), 분묘 등의 발굴(제160조), 사체 등의 영득(제161조) 및 미수범 처벌(제162조)을 규정하고 있다. 특히 분묘 등의 발굴죄의 경우에는 그 객체가 적법하게 매장된 분묘임을 요하지 않으며, 암매장된 분묘, 가매장된 분묘라도 무방하고, 분묘에 대한 소유권자관리자가 누구인지도 중요하지 않다(김일수/서보학, 『형법각론』, 제7판, 박영사, 2009, 668면).
- 4) 공설묘지란 국가나 지방자치단체가 설치운영 하는 묘지로서 시설 및 관리가 개선된 공원묘지와 종전부터 내려오는 공동묘지의 형태를 가진 것이 포함되고 경우에 따라서는 자연부락단위로 공동 설치 운영하는 민법상의 준종유적 성격을 가진 공동묘지도 포함한다(조종식, “한국 묘지에 관한 법적 연구”, 경희대학교 대학원 박사학위논문(1985), 5면).
- 5) 공원묘지란 경관보호 및 관리의 합리화를 위하여 일정한 시설을 갖춘 것으로서 행정관서가 직접 관리하는 공설공원묘지, 행정관청의 허가를 얻어 개인이나 법인이 관리하는 사설공원

히 그 소유권관계가 문제되지 아니하므로, 특히 이러한 고찰은 사유묘지인 사설 묘지<sup>6)</sup>의 경우에 더욱 필요하다 하겠다. 본고에서는 사유묘지 등의 소유권의 귀속문제에 한정해서 그 등기의 방법과 문제점을 검토해 보고자 한다.

현행법상 묘지의 등기 방법<sup>7)</sup>과 관련하여 묘지가 공부(토지대장, 임야대장, 토지 등기사항전부증명서)에 기재·기록 또는 등록되어 있느냐에 따라, 묘지에 대한 등기 가능여부가 결정되며 그 등기 방법도 달라진다. 그리고 미등기 묘지인 경우에는 토지대장에 등록되어 있는 경우와 그렇지 않은 경우로 구분하여 고찰하여야 하며, 토지대장에 등록되어 있는 경우에도 그 토지대장상의 소유자 표시란의 기재 내용 여하에 따라 등기 방법이 달라진다.

## II. 부동산등기신청시 필요한 첨부정보와 첨부서면

부동산등기신청시에는 부동산등기규칙 제43조의 신청정보와 함께 부동산등기규칙 제46조의 첨부정보를 등기소에 제공하여야 하는데, 이하에서는 묘지의 경우에 등기법상 등기가 곤란하거나 불가능한 경우와 관련된 부분에 대하여서 문제될 수 있는 부분에 대하여 고찰하기로 한다.

묘지가 이에 해당 한다(조종식, 상계논문, 5면).

- 6) 사설묘지란 공설묘지에 대응하는 개념으로서 자연인이나 법인(비법인 사단 포함)이 설치 관리하는 묘지로서 단독사설묘지도 여기에 포함한다(조종식, 상계논문, 5면).
- 7) 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률상 지목유형은 ‘묘지’이고, 토지대장이나 토지등기부에도 그 지목이 ‘묘지’로 등기된다. 참고로 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 제67조 제1항에서는 지목의 종류를 전·답·과수원·목장용지·임야·광천지·염전·대(垓)·공장용지·학교용지·주차장·주유소용지·창고용지·도로·철도용지·제방(堤防)·하천·구거(溝渠)·유지(溜池)·양어장·수도용지·공원·체육용지·유원지·종교용지·사적지·묘지·잡종지로 구분하여 정하고 있다.

## 1. 등기원인을 증명하는 정보

먼저 등기신청시에 등기원인을 증명하는 정보를 등기소에 제공하여야 하는 바 (규칙 제46조 제1항 제1호), 권리변동의 원인인 법률행위의 성립 또는 법률사실의 성립을 증명하는 정보를 등기원인을 증명하는 정보라 한다.<sup>8)</sup> 따라서 부동산의 표시, 등기할 사항, 당사자의 표시와 날인 등이 일부 누락된 경우에도 등기원인을 증명하는 정보라고 할 수 있으며, 부동산의 표시변경사실이 기록되어 있는 대장등본, 주소변경사실 등이 기재되어 있는 주민등록표등·초본, 상속개시사실이 기록되어 있는 가족관계증명서 등도 이에 해당한다고 보아야 할 것이다.

구체적으로 보면 우선 법률행위의 성립을 증명하는 정보로 매매의 경우에는 매매계약서, 증여의 경우에는 증여계약서, 교환의 경우에는 교환계약서, 가등기의 경우에는 매매예약서 또는 매매계약서, 근저당설정의 경우에는 근저당권설정계약서 등이 이에 해당한다.

다음으로 법률사실을 증명하는 정보로는 수용에 있어서 협의성립확인서 또는 재결서, 판결에 의한 등기신청의 경우에는 판결정본 등이 이에 해당한다. 상속의 경우에는 피상속인의 제적등본·기본증명서·가족관계증명서·친양자입양관계증명서와 상속인의 기본증명서·가족관계증명서, 상속재산분할협의서, 유언증서 등이 해당한다. 개명의 경우에는 개명사실이 기록되어 있는 기본증명서, 전거(법인 등의 경우에는 본점이전)의 경우에는 주소변경사실이 기록되어 있는 주민등록표등·초본(법인의 경우에는 법인등기사항증명서), 증축·분할·합병·멸실 등 부동산 표시변경의 경우에는 토지대장등본 또는 건축물관리대장등본 등이 해당한다.<sup>9)</sup>

8) 개정 전 등기법에서는 등기원인을 증명하는 서면은 등기완료 후에 등기필증을 만들어야 하기 때문에 그 서면에는 부동산의 표시, 등기할 사항, 당사자의 표시와 날인이 있어야 하고, 이들 사항이 일부 누락된 토지대장등본, 주민등록표등초본, 가족관계증명서 등은 등기원인을 증명하는 서면으로 보지 아니하였다. 그러나 현행 개정된 등기법 체제에서는 등기완료 후에 등기필증을 만드는 것이 아니므로 전통적인 의미에서의 등기원인을 증명하는 서면에 대한 개념에는 그 수정이 필요하게 되었다(유석주, 「부동산등기법」, 삼조사, 2012, 271-272면 참조).

9) 부동산표시변경등기를 신청하는 경우에는 표시변경을 증명하는 토지대장 정보, 임야대장 정보, 건축물대장 정보를 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 하며(규칙 제72조 제2항, 제86조 제3항), 토지멸실등기를 신청하는 경우에는 그 멸실을 증명하는 토지대장 정보나 임야대장 정보를(규칙 제83조), 건물멸실등기를 신청하는 경우에는 그 멸실 또는 부존재를

대지권의 변경·경정 또는 소멸의 등기를 신청하는 경우에는 그에 관한 규약이나 공정증서 또는 이를 증명하는 정보를 첨부정보로서 등기소에 이를 제공하여야 한다(규칙 제86조 제2항).

## 2. 주소를 증명하는 정보

등기를 신청하는 경우에는 등기관리자(새로 등기명의인이 되는 경우로 한정한다)의 주소(또는 사무소 소재지)를 증명하는 정보를 신청정보와 함께 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다. 다만 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 등기의 무자의 주소(또는 사무소 소재지)를 증명하는 정보도 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제6호).<sup>10)</sup> 즉 근저당설정등기의 경우에는 등기관리자의 주소증명정보만을 제공하여야 하지만, 소유권이전등기의 경우에는 등기의무자와 등기관리자 모두의 주소증명정보를 제공하여야 한다. 또한 새로 등기명의인이 되는 경우로 한정하므로 근저당설정등기의 말소 등의 경우에는 이를 필요로 하지 않는다.

주소를 증명하는 정보로는 내국인의 경우 등기신청인의 주민등록표등·초본을 제출하여야 하며, 발행일로부터 3월 이내의 것이어야 한다(규칙 제62조). 재일동포의 경우로서, 국내 부동산을 처분하는 경우에는 일본주재 한국대사관이나 영사관에서 발급하는 재외국민거주사실증명이나 재외국민등록증 등본을 제출하여야 하며, 일본의 관청이 발행한 거주지가 기재된 등록제증명서(일본의 외국인등록법에 의한 외국인등록증명서)를 그 번역문과 함께 제출하여도 된다.<sup>11)</sup> 다만 귀국하여 국내 부동산을 처분하는 경우에는 재외동포법 제6조 제1항에 의한 국내거소 신고사실증명을 제출함으로써 주소증명서면의 제출에 갈음할 수 있다(동법 제7조 제5항, 제9조).

판결에 의한<sup>12)</sup> 소유권보존등기를 신청하는 경우에는 즉 원고가 미등기부동산

---

증명하는 건축물관리대장 정보나 그 밖의 정보를(규칙 제102조) 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다.

10) 개정 전 등기법에서는 주소를 증명하는 서면은 소유권보존등기 또는 이전등기를 신청하는 경우에만 이를 첨부하였다(개정 전 등기법 제40조 제1항 제6호).

11) 1989.3.28. 등기선례집 제Ⅱ권 100항.

12) 판결의 경우에는 판결 등에 의한 등기신청시 주소를 증명하는 서면의 제출에 관한 예규(2011.10.13. 등기예규 제1383호)가 있다.

에 관하여 그 소유자를 피고로 하여 소유권이전등기절차에 이행을 명하는 판결을 받은 후 피고를 대위하여 소유권보존등기를 신청하는 경우에는 그 보존등기 명의인인 피고의 주소를 증명하는 서면을 제출하여야 한다. 피고에 대한 소송서류의 송달이 공시송달에 의하여 이루어진 경우에도 같다. 피고의 주민등록이 말소된 경우에는 말소된 피고의 주민등록표등본을 첨부하고 그 최후주소를 주소지로 하여 피고 명의의 보존등기를 신청할 수 있다. 등기선례에 의하면 이러한 경우에는 제적등·초본, 말소된 주민등록표등·초본 등 피고 즉 소유권보존등기명 의인의 주민등록번호가 기재된 주소를 증명하는 서면을 제출하여야 한다.<sup>13)</sup> 한편, 판결·화해조서·인낙조서·조정조서 등(이하 ‘판결 등’이라고 함)을 첨부하여 등기권리자가 단독으로 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 등기권리자의 주소증명서면만 제출하면 되지만, 판결 등에 기록된 피고의 주소가 등기부에 기록된 등기의무자의 주소가 다른 경우에는 판결 등에 기록된 피고와 등기부에 기록된 등기의무자가 동일인임을 증명할 수 있는 자료로써 등기의무자의 주소에 관한 서면을 제출하여야 하며, 이는 판결 등에 등기의무자의 등기부상의 주소가 병기된 경우에도 마찬가지이다.<sup>14)</sup> 그러나 판결문상 기록된 피고의 주민등록번호가 기록된 등기부상 등기의무자의 주민등록번호와 동일하다면 등기의무자의 주소에 관한 서면은 제출할 필요가 없다. 한편 등기의무자가 재외국민인 경우 등과 같이 등기권리자가 등기의무자의 협력을 받지 않고는 주소에 관한 서면을 제출할 수 없는 경우, 혹은 피고의 등기부상 주소가 주민등록표 등에 나타나지 않는 사유 등의 경우에는 그 판결에 기재된 피고와 등기부에 기재된 등기의무자가 동일인임을 확인하는데 상당하다고 인정되는 자의 보증서면과 그 인감증명 또는 기타 보증인의 자격을 인정할 만한 서면(예컨대 공무원재직증명서, 법무사자격증 사본, 변호사등록증 사본 등)을 제출하여야 한다.<sup>15)</sup> 그런데 실제로 있어서는 공무원이나 법무사 또는 변호사가 차후 손해배상 등의 문제가 우려되기 때문에 이를 상당히 꺼리고 있는 실정이다.

상속에 의한 등기신청을 하는 경우에는 피상속인의 주소증명정보와 상속인의 주소증명정보를 제공하여야 한다. 먼저 피상속인의 주소증명정보에 대하여 보기

13) 2002.1.22. 등기선례집 제VII권 67항.

14) 2000.8.24. 등기선례집 제VI권 75항.

15) 2003.5.2. 등기선례집 제VII권 77항; 2003.4.17. 등기선례집 제VII권 75항; 2002.6.4. 등기선례집 제VII권 475항.

로 한다. 원칙적으로 피상속인의 주소증명정보는 법령이 정한 첨부정보는 아니나 상속을 증명하는 정보(가족관계등록사항별증명서 및 제적등·초본 등)에 나타난 피상속인과 등기부상의 등기명의인이 동일인인지 여부를 증명하기 위하여 피상속인의 말소자 주민등록표등·초본을 제출하도록 하는 것이 현행 실무이다.<sup>16)</sup> 피상속인이 주민등록법 시행(1962년 6월 20일) 전에 사망하였거나 기타 사유로 등기부상 주소와 말소자 주민등록표등·초본에 나타나는 주소가 서로 연결되지 않는 경우에는 등기명의인과 제적등본상의 사망자가 동일인이란 사실을 확인하는데 상당하다고 인정되는 각종 소명자료와 보증서면을 첨부할 수밖에 없으며, 양자의 동일성에 대한 구체적인 판단은 제출된 소명자료와 보증서면 등을 바탕으로 등기관이 하여야 한다.<sup>17)</sup> 한편 상속인의 경우에는 원칙적으로 등기관리자가 되는 자만 주소증명서면을 제출하면 된다. 따라서 협의분할에 의한 상속등기를 신청하는 경우에는 상속을 받지 않는 나머지 상속인들이나 상속포기자의 주소증명서면을 첨부하지 않아도 된다.<sup>18)</sup> 그러나 상속을 증명하는 정보<sup>19)</sup>와 상속재산분할협의서 또는 인감증명서에 나타난 상속인이 동일인임을 알 수 없거나 상속재산분할협의서에 기록한 상속인의 주소와 인감증명서의 주소가 부합하지 않은 경우에는 양자의 동일성을 증명하는 서면으로 주민등록표등·초본을 제출하여야 한다.<sup>20)</sup>

한편 주민등록상의 주소가 불명한 경우가 발생하는데, 먼저 공동상속인 중 일부가 행방불명되어 주민등록이 말소된 경우에는 주민등록표등·초본을 첨부하여 그 최후주소를 주소지로 하여 상속등기를 신청할 수 있으며 제적등·초본상 또는 기본증명서상 주민등록번호가 기록되어 있지 않고 달리 주소를 확인할 수 없어 위 주민등록표등·초본을 발급받아 제공할 수 없을 경우에는 이를 소명하여 기본증명서 및 제적등·초본 상 등록기준지 또는 본적지를 그 주소지로 하여 상속등기의 신청을 할 수 있다.<sup>21)</sup>

16) 2002.6.25. 등기선례집 제Ⅶ권 169항. 즉 피상속인의 가족가족관계등록사항별증명서 및 제적등·초본상의 성명 및 주민등록번호와 말소자 등·초본의 성명 및 주민등록번호를 대조하고, 다시 그 주소와 등기부상의 주소의 연결여부를 심사함으로써 피상속인과 등기부상의 등기명의인의 동일성을 인정할 수 있게 된다.

17) 2002.6.25. 등기선례집 제Ⅶ권 169항.

18) 1987.3.6. 등기선례집 제Ⅱ권 90항.

19) 제적등·초본, 기본증명서, 가족관계증명서, 친양자입양관계증명서 등이 이에 해당한다.

20) 2003.4.30. 등기선례집 제Ⅶ권 76항.

이는 상속을 증명하는 서면상의 피상속인과 등기부상의 등기명의인이 서로 동일인인지를 심사하기 위한 취지이다. 또한 공유자 중 1인이 행방불명되어 주소를 증명하는 서면을 발급받을 수 없는 경우에는 그 자의 주소가 토지대장에 기재된 경우에는 주소를 증명하는 서면을 제출할 수 없는 사유를 소명하고 그 대장상의 주소를 행방불명된 자의 주소지로 하여 소유권보존등기를 신청할 수 있다.<sup>22)</sup>

### 3. 주민등록번호 또는 부동산등기용등록번호를 증명하는 정보

등기를 신청하는 경우에는 등기관리자(새로 등기명의인이 되는 경우로 한정한다)의 주민등록번호 또는 부동산등기용등록번호를 증명하는 정보를 신청정보와 함께 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제6호). 등기를 함에 있어서는 등기관리자의 주민등록번호 또는 부동산등기용등록번호를 병기하여야 하며(규칙 제43조 제1항 제2호), 이에 대한 증명을 하는 정보가 기재된 주민등록표등·초본, 법인의 경우에는 법인등기사항증명서, 비법인 사단·재단의 경우에는 시장·구청장·군수가 부여하는 부동산등기용등록번호증명서를 첨부정보로 제공하여야 한다. 다만 국가·지방자치단체·국제기관·외국정부의 경우에는 국토해양부장관이 지정·고시하므로(법 제49조 제1항 제1호), 등기관은 이를 참조하여 그 진위여부를 확인하여야 하고, 별도의 부동산등기용등록번호를 증명하는 서면을 첨부할 필요가 없다.

한편 외국인의 경우에는 체류지(국내에 체류지가 없는 경우에는 대법원 소재지에 체류지가 있는 것으로 본다) 관할 출입국관리사무소장(출장소장)이 부여한 부동산등기용등록번호증명서면, 재외국민의 경우에는 우리나라에서 주민등록번호를 부여 받은 적이 있는 재외국민이라면 그 주민등록번호를 사용가능하므로 국외이주로 말소된 재외국민의 말소자 주민등록표등·초본을 제출하여야 하며,<sup>23)</sup> 재외국민이 주민등록번호를 부여 받은 적이 없는 경우에는 대법원소재지 관할 등기소(현재 서울중앙지방법원 등기국)에서 등록번호를 부여 받아야 하며 그 증명서면을 첨부하여야 한다(법 제49조 제1항 제2호).<sup>24)</sup> 재외국민은 국내거소신고를 한

21) 2007.12.11. 등기예규 제1218호; 1999.5.11. 등기선례 제VI권 257항.

22) 1994.12.6. 등기선례집 제IV권 795항.

23) 2002.8.10. 등기선례집 제VII권 82항.



외국국적동포와 달리 국내거소신고를 부여 받은 경우에도 이 거소신고번호를 부동산등기용등록번호로 사용할 수 없다.<sup>25)</sup>

한편 부동산등기용등록번호증명서를 첨부할 필요가 없는 경우가 있는데, 공동상속인 중 일부가 행방불명되어 주민등록표등·초본을 제출할 수 없는 경우에는 그 자가 주민등록번호를 부여 받기 이전에 행방불명이 되었다면 이를 소명하여 주민등록번호를 병기하지 아니하고 상속등기신청을 할 수 있다.<sup>26)</sup> 마찬가지로 공동상속인 중 외국국적을 취득하여 우리나라 국적을 상실한 자에 대하여 위임을 받을 수 없는 사정 등으로 인하여 부동산등기용등록번호를 부여 받을 수 없는 경우에는, 이를 소명하여 부동산등기용등록번호를 병기하지 아니하고 다른 상속인 또는 대위채권자가 상속등기신청을 할 수 있다.<sup>27)</sup>

#### 4. 인감증명

등기신청방법<sup>28)</sup> 중 방문신청에 의한 등기신청을 하는 경우에는 등기신청서에 규칙 제43조 및 그 밖의 법령에 따라 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하여야 하는 정보를 적고 신청인 또는 그 대리인이 기명날인하거나 서명하여야 한다(규칙 제56조 제1항). 이 경우 신청인 본인이 등기를 직접 방문하여 신청하는 경우에는 신청서에 기명날인 또는 서명을 하여야 하는데, 그 등기신청이 규칙 제60조

24) 다만 재외국민의 경우에는 서울특별시 이외 지역에 소재하는 등기과 또는 등기소에도 부동산등기용등록번호 부여신청을 할 수 있다. 이 경우 등록번호 부여신청을 받은 각 등기과 또는 등기소에서는 모사전송의 방법으로 등록번호 부여업무를 처리한다. 이에 대하여는 관할 외 등기소에서의 재외국민의 부동산등기용등록번호 부여신청 등에 대한 업무처리지침(2011.10.13. 등기예규 제1389호)이 있다.

25) 2011.10.13. 등기 예규 제1393호.

26) 1994.3.28. 등기선례집 제IV권 265항.

27) 2004.8.4. 등기선례집 제VII권 78항.

28) 현행 부동산등기법에서는 등기신청의 방법으로 방문신청에 의한 방식(규칙 제56조~제66조)과 전자신청에 의한 방식(규칙 제67조~제71조)을 두고 있다(법 제24조 제1항). 방문신청에 의한 방식이란 신청인 또는 그 대리인인 등기소에 출석하여 신청정보 및 첨부정보를 적은 서면을 제출하는 방법이고(법 제24조 제1항 제1호), 전자신청에 의한 방식이란 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 전산정보처리조직을 이용하여 신청정보 및 첨부정보를 보내는 방법(법 제24조 제1항 제2호)을 말한다.

에 해당하여 인감증명을 첨부하여야 하는 경우에는 그 인감증명을 제출하여야 하는 당사자는 신청서(위임에 의한 대리인이 신청하는 경우에는 위임장)에 인감을 날인하여야 하며, 그에 해당하지 않는 자는 신청서(위임에 의한 대리인이 신청하는 경우에는 위임장)에 기명날인을 하여도 되고 서명을 하여도 된다(규칙 제60조 제1항).

일정한 등기신청의 경우에는 등기신청의 진정을 도모하기 위하여 등기신청서나 위임장에 등기의무자의 인감을 날인하고 그의 인감증명서를 제출하도록 하고 있다.<sup>29)</sup>

다만 본 논문과 관련되어 문제되는 경우는 소유권의 등기명의인이 등기의무자로서 등기를 신청하는 경우<sup>30)</sup>(규칙 제60조 제1항 제1호)와 협의분할로 인한 상속 등기신청시 상속재산분할협의서에 날인한 상속인 전원의 인감증명을 첨부하여야 하는 경우<sup>31)</sup>(규칙 제60조 제1항 제6호)이다.<sup>32)</sup> 규칙 제60조 제1항 제1호의 경우에는 첨부서면인 매매계약서 또는 교환계약서, 증여계약서, 공유물분할계약서 등

29) 2012년 12월 1일부터는 인감증명제도와 효력이 동일한 “본인서명사실확인제도”를 인감증명제도와 선택적으로 사용하도록 하고 있다(본인서명사실 확인 등에 관한 법률 제13조). 본인서명사실확인제도는 본인이 행정기관에 출석 또는 전자신청에 의하여 본인이 서명 또는 전자본인서명을 하였다는 사실을 행정기관이 확인하여 주는 제도로서, 우리의 경제활동에서 카드결제·은행거래 등 서명의 보편화 추세와 인감도장의 제작·관리에 따른 국민들의 불편과 인감대장의 제작·보관, 이송 및 인감사고로 인한 사회·경제적 비용의 문제가 발생하는데 대한 대책으로 실시된다. 민원인은 직접 읍·면·동사무소 등을 방문하여 신분증과 무인을 대조하여 신분을 확인한 후 정해진 서식(동법 시행령 별지 제3호 서식)에 따라 사용용도와 수입인을 기재하여 서명을 하여 이를 신청하면 해당 관청에서는 본인서명사실확인서를 발급하여 주게 된다. 본인서명사실확인서는 대리발급이 불가하며, 직접 방문서명이 곤란한 경우(예를 들어, 유학생, 해외거주자, 거동이 불편한 자 등)에는 인감증명서나 전자본인서명확인서(이 제도는 2013년 8월 2일 이후 시행예정)를 활용할 수 있도록 하였다.

30) 이러한 경우로는 소유권이전등기, 소유권이전등기의 말소등기, 소유권이전청구권보전의 가등기(및 본등기), 소유권목적의 지상권·전세권·저당권 등기 등이 이에 해당한다.

31) 상속인 전원이 참여하여 상속재산의 협의분할을 하여야 하며, 일부 상속인만으로 한 협의분할은 무효이다(대법원 1995.4.7. 선고 93다54736 판결). 따라서 협의분할에 의한 상속등기를 신청하는 경우에는 상속인 전원의 인감증명이 필요하다.

32) 소유권보존등기의 경우와 소유권이외의 권리(저당권, 전세권 등)의 이전등기나 말소등기의 경우에 등기필증이 첨부된 경우이거나 등기필정보의 비밀번호가 기재된 경우에는 인감증명을 제출할 필요가 없다.

에 인감을 날인할 필요는 없으나, 규칙 제60조 제1항 제6호의 경우에는 첨부서면인 상속재산분할협의서에 인감을 날인하여야 한다. 다만 이 경우에 첨부서면에 인감을 날인한 경우에는 신청서 또는 위임장에 다시 인감을 날인할 필요는 없다.<sup>33)</sup>

인감증명의 제출내용과 발급관서를 살펴보면, 먼저 대한민국 국민의 경우에는 일반적인 경우라면 본인(법정대리인)의 인감증명을, 재외국민의 경우에는 본인의 대한민국 인감증명(대한민국 최종주소지(보충적으로 본적지) 증명청에서 발급한다)을 제출하여야 하며, 만일 위임 또는 대리에 의하여 인감을 발급 받을 경우에는 위임장에 거주지 관할 재외공관의 확인공증을 받아야 한다. 또한 재외국민이 부동산의 권리를 이전하는 경우에 인감증명이 필요한 경우에는 인감증명 발급신청시 세무서장의 확인을 받은 재외공관(영사관) 및 세무서 확인서에 부동산의 종류와 소재지를 기재하여 신청하여 이를 발급 받아야 한다.<sup>34)</sup> 재외국민의 거주국에 인감제도가 있는 경우에 그 나라의 인감증명을 첨부하여 등기신청을 할 수는 없다. 그리고 대한민국 재외공관의 증명 또는 공정증서로는 위 인감증명을 갈음할 수 없다. 다만 상속재산협의분할의 경우에는 상속재산분할협의서상의 날인이 본인의 것임을 증명하는 인감증명을 제출하여야 함이 원칙이나 이 인감증명에 갈음하여 상속재산분할협의서상의 서명 또는 날인이 본인의 것임을 증명하는 재외공관의 확인서 또는 이에 관한 공정증서를 제출하여 등기를 신청할 수 있다.<sup>35)</sup> 여기의 공정증서는 재외국민의 거주국의 공정증서는 물론 재외국민이 귀국하여 국내에서 협의서를 작성하고 공증을 받은 공정증서라도 무방하다.<sup>36)</sup>

법인 또는 외국회사의 경우에는 대표자의 법인인감증명을 제출하여야 하며(규칙 제61조 제1항 전단), 법인 아닌 사단·재단의 경우에는 그 대표자나 관리인의 개인 인감증명을 제출하여야 한다(규칙 제61조 제1항 후단).

외국인의 경우에는 대한민국 인감증명법에 의한 인감증명(출입국관리법에 의하여 외국인 등록을 필한 후 체류지를 관할하는 증명청에 인감신고를 한 후 인감증

33) 2003.7.18. 등기선례집 제Ⅶ권 87항.

34) 인감증명법 시행령 제13조 제3항. 종래 세무서 경유제도는 폐지되었으므로 인감증명서상에 세무서장의 경유 확인표시는 필요 없다. 따라서 재외국민이 인감증명을 발급신청하는 경우 필요한 세무서장 확인서에 부동산의 종류와 소재지만 기재하면 충분하므로, 현재 등기관으로서는 재외국민의 인감증명서 비교란에 이전할 부동산의 종류와 소재지가 기록되어 있는지 확인할 방법도 없고 확인할 필요도 없다.

35) 2011.10.11. 등기예규 제1393호.

36) 1991.11.12. 등기선례집 제Ⅲ권 214항.

명을 발급한다)<sup>37)</sup> 또는 본국의 관공서가 발행한 인감증명(일본, 대만의 경우와 같이 인감증명제도가 있는 경우에 한함)을 제출하여야 한다. 다만 본국에 인감증명 제도가 없고 또한 인감증명법에 의한 인감증명을 받을 수 없는 외국인은 위임장 기타의 서면에 한 서명에 관하여 본인이 직접 작성하였다는 취지의 본국 관공서의 증명이나 이에 관한 공정증서를 제출하여야 한다. 공증의 경우에는 외국인의 본국 공증인의 공증은 물론 국내 공증인의 공증을 받은 것이라도 허용된다.<sup>38)</sup>

부동산등기신청에 사용하는 인감증명의 유효기간은 발행일로부터 3개월(초일 불산입, 말일이 공휴일이면 그 익일로 만료<sup>39)</sup>)이내의 것이어야 한다(규칙 제62조).

매매를 원인으로 한 소유권이전등기신청의 경우에는 반드시 부동산매도용인감 증명서를 첨부하여야 하나, 매매 이외의 사유를 원인으로 한 소유권이전등기신청서의 경우에는 첨부된 인감증명서상의 사용용도와 그 등기의 목적이 다르더라도 그 등기신청을 각하할 수 없다.<sup>40)</sup> 즉 부동산 매도용 인감증명을 가등기나 저당권설정으로 전용할 수 있다.

## 5. 상속등기의 경우 등기원인을 증명하는 정보

등기를 신청하는 경우에는 등기원인을 증명하는 정보를 첨부정보로서 등기소에 제공하여야 하는데(규칙 제46조 제1항 제1호), 상속등기의 경우에는 상속을 증명하는 정보 또는 협의분할에 의한 상속을 증명하는 정보가 등기원인을 증명하는 정보에 해당한다. 이러한 상속등기의 경우 등기원인을 증명하는 정보로는 상속을 증명하는 정보와 상속인임을 증명하는 정보로 구분할 수 있다.

상속을 증명하는 정보로는 피상속인의 제적등본과 기본증명서가 이에 해당한다. 등기원인이 상속인 경우에는 신청서에 피상속인의 사망사실과 사망일자를 증명하는 정보로서 피상속인이 가족관계등록법이 시행된 2008. 1. 1. 이전에 사망한 자에 대하여는 피상속인의 제적등본을 제공하여야 하며, 이후에 사망한 자에 대하여는 피상속인의 기본증명서를 제공하여야 한다.

37) 인감증명법 제3조 제3항.

38) 2005.10.19. 등기선례집 제VIII권 26항.

39) 2010.4.13. 등기예규 제1308호.

40) 2010.4.13. 등기예규 제1308호.

상속인임을 증명하는 정보로는 피상속인의 제적등본, 가족관계증명서, 피상속인에 대한 친양자입양관계증명서, 상속인의 기본증명서와 가족관계증명서가 이에 해당한다. 피상속인이 2008. 1. 1. 이전에 사망한 경우에는 피상속인의 제적등본을 첨부정보로 제공하여야 하며, 피상속인이 2008. 1. 1. 이후에 사망한 경우라도 피상속인의 가족관계증명서에는 2007. 12. 31. 이전에 사망 등으로 제적된 자는 자녀란에 자녀로 나타나지 아니하므로 피상속인의 제적등본을 첨부정보로 제공하여야 한다.<sup>41)</sup> 또한 피상속인이 2008. 1. 1. 이후에 사망한 경우에는 상속인의 범위를 소명하기 위하여 피상속인의 가족관계증명서와 피상속인의 친양자입양관계증명서를 첨부정보로 제공하여야 한다. 그리고 상속인에게 사망·실종선고·개명 등의 사유가 발생하였는지 여부에 대한 내용을 소명하기 위하여 상속인 모두의 기본증명서를 제출하여야 한다. 피상속인의 가족관계증명서 뿐만 아니라 제적등·초본을 첨부하게 하는 이유는 2007년 12월 31일 이전에 사망신고 된 사람은 가족관계등록부가 작성되지 아니하였고, 피상속인의 사망 시 과거에는 대부분 호주승계(호주상속)로 인하여 호적부를 다시 편제하였는데, 피상속인의 사망사실이 피상속인이 호주였던 제적등·초본에 기재되기 때문이며, 또한 호주승계가 된 제적등·초본에는 구 호적법상 분가나 출가에 의하여 이미 제적된 다른 상속인은 나타나지 아니하므로 상속인 전원의 범위와 그 상속인임을 소명하기 위하여 제적등·초본을 첨부하도록 한 것이다.<sup>42)</sup> 다만 호주상속인을 제외한 다른 상속인의 존부를 확인할 필요가 없는 구관습법상의 호주상속에 따른 재산상속등기를 신청함에 있어서는(피상속인의 사망일자가 1959년 12월 31일 이전인 경우) 호주상속 개시사실과 호주상속인이 기재된 제적등·초본 및 기본증명서를 첨부하면 되고, 별도로 피상속인의 제적등·초본이나 다른 직계비속의 제적등·초본 또는 가족관계등록사항별증명서를 첨부할 필요는 없다.<sup>43)</sup>

주민등록표는 상속을 증명하는 서면으로 볼 수 없으므로 비록 주민등록표에 사망이라는 사실이 기재되어 있다고 하더라도 제적등·초본 또는 기본증명서에 사망이라는 사실이 기록되어 있지 않으면 그 주민등록표를 상속을 증명하는 서

41) 실무상으로는 상속등기의 경우 상속인의 범위를 소명하기 위하여 피상속인의 제적등본 뿐만 아니라 피상속인의 종전 호주의 제적등본을 첨부정보로 제공하여야 하는 경우가 매우 많다.

42) 유석주, 전거서, 654-655면.

43) 1996.4.4. 등기선례집 제IV권 361항; 1997.1.20. 등기선례집 제V권 281항.

면으로 하여 상속등기를 신청할 수 없다.<sup>44)</sup> 이 경우에는 먼저 가족관계등록부에 피상속인에 대한 사망처리를 하여 기본증명서와 주민등록표를 일치시킨 후에 상속등기를 하여야 한다.<sup>45)</sup>

만일 제적등·초본이 관할구청에 비치되어 있지 않아 제적등·초본을 발급받을 수 없어 상속인의 일부를 확정할 수 없는 경우에는 그 제적등·초본이 소실되어 비치되어 있지 않다는 관할 구청장의 증명서 및 다른 상속인이 존재하지 아니한다는 취지의 나머지 공동상속인 연서의 진술서를 제출하게 하여 제적등초본 상에 다른 상속인이 존재하는 것으로 보이는 특별한 사유가 없는 한, 그 제적등초본을 제외한 나머지 관련 제적등초본 및 기본증명서, 가족관계증명서, 친양자입양관계증명서 등에 의하여 상속등기를 할 수 있다.<sup>46)</sup> 여기서 특별한 사유의 판단여부는 결국 등기관이 판단할 사항이다.

갑의 증조부가 사정(査定) 받은 토지를 망 조부(祖父)를 거쳐 망 부(父)로 순차 단독상속 된 후 망 부(父)의 공동상속인들 간의 상속재산 협의분할을 거쳐 단독상속인이 된 갑이 소유권보존등기명의인을 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행을 명하는 승소확정판결을 받은 경우와 같이 등기관리자의 상속인이 등기부상 최종 소유자를 상대로 하여 진정명의회복을 원인으로 한 승소판결을 받은 경우에는 상속을 증명하는 정보를 제공할 필요가 없다.<sup>47)</sup> 이에 반해 승소판결문의 이유 중에 원고들의 피상속인이 부동산을 시효취득 한 사실 및 원고들이 소유권이전등기청구권을 공동상속 한 사실이 기재되어 있는 경우에는 판결정본과 상속인 전원의 인감증명이 첨부된 상속재산분할협의서 등 부동산 등기법 제27조 및 규칙 제49조 소정의 상속 그 밖의 포괄승계가 있었다는 사실을 증명하는 정보를 제공하여 원고들 중 1인의 단독소유로 하는 소유권이전등기 신청을 할 수 있다.<sup>48)</sup> 이는 판결주문에 기재된 법정상속지분대로의 등기 대신 상속인 간의 상속재산협의분할에 의한 등기신청이 가능하기 때문이다.

등기신청시 등기소에 첨부정보로 제공하는 가족관계사항별증명서 및 제적등·

44) 1998.8.24. 등기선례집 제V권 213항.

45) 1984.8.24. 등기선례집 제I권 310항.

46) 1981.12.23. 등기예규 제409호; 1994.5.4. 등기선례집 제IV권 316항; 1997.9.19. 등기선례집 제V권 287항.

47) 2003.9.2. 등기선례집 제VII권 179항.

48) 2005.8.19. 등기선례집 제VIII권 190항.

초본은 발행일로부터 3개월 이내의 것이어야 한다(규칙 제62조).

### III. 현행법상 묘지의 경우 구체적인 등기 방법과 그 문제점

이하에서는 현행법상 묘지의 경우에 구체적으로 어떠한 방법에 따라 등기가 되는 지 여부와 그 문제점에 대하여 고찰하여 보기로 한다. 묘지의 등기방법과 관련하여서는 등기사항전부증명서상 등기되어 있는 묘지의 경우와 미등기 묘지 중 토지대장에 등록되어 있는 경우 그리고 토지대장상 전혀 등록되어 있지 않은 묘지의 경우로 구분하여 살펴보아야 한다.

#### 1. 등기사항전부증명서상 등기되어 있는 묘지

부동산등기사항전부증명서상에 등기명의인이 등기되어 있는 묘지의 경우에는 등기관리자는 등기의무자로부터 등기에 필요한 신청정보와 첨부정보를 교부 받아 등기의무자와 공동으로(법무사나 변호사에게 각 위임하는 경우에는 그 법무사나 변호사) 또는 단독등기신청이 가능한 경우(예컨대, 판결이나 민사집행법상의 매각에 의한 매수 등)에는 등기관리자가 단독으로 등기소에 출석하거나 전자신청에 의한 등기를 신청할 수 있다. 등기소에 제공하여야 하는 첨부정보의 주요한 내용인 등기원인을 증명하는 정보, 주소증명정보, 주민등록번호 또는 부동산등기용등록번호증명정보, 인감증명, 상속등기의 경우 등기원인을 증명하는 정보에 대하여는 전술한 바와 같다.

등기소에 제공하여야 하는 신청정보 및 첨부정보를 구비할 수 있어 이들 정보를 제공하여 등기를 신청한 경우에는 특별히 문제가 없다. 문제는 묘지에 대한 등기 신청 자체를 하지 않거나 신청정보 및 첨부정보 등을 제공할 수 없어 등기를 신청하지 않는 경우이다. 예를 들어, 상속등기를 신청할 때에 피상속인의 등기부상 주소와 주민등록표등·초본의 주소가 상이하고 주민등록번호, 제적등본 기타의 서면에 의하여 그 동일성을 확인할 수 없는 경우에는 동일인보증서를 제

출하여야 하는 바, 이를 상속인의 각서로 대신할 수는 없게 되는데,<sup>49)</sup> 이와 같은 경우 동일인보증서를 제출할 수 없다면 등기를 신청할 수 없게 된다. 또한 상속인의 제적등본·초본이나 기본증명서상 주민등록번호가 기재되어 있지 않고 달리 주소를 확인할 수 없어 주민등록표등·초본을 발급받을 수 없는 때에는 이를 소명하여 제적등·초본상 본적지(또는 등록기준지)를 그 주소지로 하여 상속등기를 신청할 수 있으며,<sup>50)</sup> 이는 공동상속인 중 재외국민 및 외국국적을 취득하여 우리나라 국적을 상실한 자가 각 행방불명되어 그 소재를 알 수 없는 경우에도 마찬가지이다.<sup>51)</sup> 문제는 위와 같은 각각의 경우에 이러한 사실을 소명하지 못하는 경우에는 등기신청이 어려워진다.

그리고 피상속인이 주민등록법 시행(1962년 6월 20일) 전에 사망하였거나 기타 사유로 등기부상 주소와 말소자 주민등록표등·초본에 나타나는 주소가 서로 연결되지 않는 경우에는 등기명의인과 제적등본상의 사망자가 동일인이란 사실을 확인하는데 상당하다고 인정되는 각종 소명자료와 보증서면을 첨부할 수밖에 없으며, 이 때 양자의 동일성에 대한 구체적인 판단은 제출된 소명자료와 보증서면 등을 바탕으로 등기관이 하여야 하는데,<sup>52)</sup> 이와 같은 경우 소명자료를 첨부하지 못하거나 보증서를 제출하지 못하는 경우에는 등기하는 것이 곤란해진다.

한편 묘지가 이미 등기부상 등기되어 있는 경우라도 그 등기명의인이 사망하고 상당히 오랜 세월 동안 상속인명의로 등기를 하지 않고 지내온 사이에 이후 수많은 상속인이 존재하여 이들 사이의 이해관계 대립 등<sup>53)</sup>으로 묘지에 대한 등기를 신청하려고 하지 않는 경우도 존재한다. 이러한 결과 도시계획 등에 의하여 개발이 진행되는 과정에서 해당 묘지에 대한 등기부상 기록되어 있는 등기명의자의 상속인들이 상속등기를 하지 않을 경우 공익사업의 경우에는 재결에 의하여 공탁을 할 수 밖에 없다. 이때 피공탁자들인 상속인들은 상속인이 확정되지 않은 경우 판결을 통하여 공탁금을 출급하여야 하는데, 수십 명에서 심지어 수백

49) 1994.5.24. 등기선례집 제IV권 64항.

50) 1999.5.11. 등기선례집 제VI권 257항; 1988.4.15. 등기선례집 제II권 94항 참조.

51) 2004.8.4. 등기선례집 제VII권 78항.

52) 2002.6.25. 등기선례집 제VII권 169항.

53) 이러한 이해관계는 상속인들 사이의 경제적 이해관계의 대립일 수 도 있으며, 묘지를 상속 등기하여 얻는 경제적 이득보다 등기비용이 더 많이 드는 경우이거나 수많은 상속인들 때문에 시간과 비용문제로 등기신청시 등기소에 제공하여야 하는 수많은 상속관련 증명정보를 제공하려고 하지 않는 경우 등을 들 수 있다.



명에 이르는 상속인들이 소송비용과 등기비용을 들이면서까지 이러한 절차를 밟지 않으려고 한다는 것이 문제이다.

## 2. 미등기 묘지 중 토지대장에 등록되어 있는 경우

이와 관련하여서는 사정(査定) 또는 재결(裁決)이 문제된다. 일제는 1912년에 토지조사령을 발포하여 토지조사와 소유자의 사정(査定) 또는 재결(裁決)에 착수하였으며<sup>54)</sup>, 1914년 4월 총독부령 제45호로 토지대장규칙을 제정하여 위의 조사 및 사정 결과를 토대로 토지대장을 새로 작성하고, 이를 기초로 등기부를 작성하였다.<sup>55)</sup> 토지조사사업의 전면적인 실시를 통하여 부동산등기령이 시행되는 지역이 확대되면서 1918년에는 전국에 걸쳐 부동산등기령이 시행되기에 이르렀다. 그리고 1916년에 임야조사를 시작하여 1918년에 조선임야조사령을 공포하고, 임야조사령에 의한 재결은 1917년부터 1924년에, 재결은 1919년부터 1935년에 이르러서 각 완결되었다. 이후 우리나라는 토지대장과 임야대장이라는 2가지의 지적 공부를 보유하여 이를 비치하게 된 것이다. 이 시기에는 등기사무는 지방법원·그 지원 또는 출장소에서 담당하였고, 등기부는 물적 편성주의에 의하되 토지등기부와 건물등기부를 각 별도로 두고, 등기는 공동신청주의에 의하며, 등기의 효력은 대항요건주의이고, 등기의 공신력은 인정되지 않았다.<sup>56)</sup>

사정(査定)은 국가가 당해 부동산에 대하여 토지소유권을 인정하여 확정하는

54) 일제는 토지조사사업에 관한 법제를 바탕으로 그 실시를 함에 있어서 토지소유권조사에 중을 두면서 ① 리·동별 집단조사와 1필지조사 ② 분반장과 부속원 그리고 조사원 3집단의 조직화된 무장조사단의 편성 ③ 토지신고서 용지의 배포와 설명 ④ 토지신고서의 작성과 제출 ⑤ 토지신고서와 결수연명부의 대조 ⑥ 1필지의 지주, 경계, 지목, 지번 조사 ⑦ 사정과 재결(토지조사령 제15조)이라는 기본과정을 거쳐서 토지소유권의 귀속을 확정 시키려 하였다(신용하, 「조선토지조사사업연구」, 지식산업사, 1982, 43-63면; 창원민사법연구회, 「한국민법의 역사와 해석」, 창원대학교 출판부, 2005, 840-841면).

55) 토지조사를 거쳐서 토지대장에 기재된 토지는 각 지방 등기소의 토지 등기부에 등기가 되었는데, 토지등기부는 지방법원이 이를 작성토록 하였다. 또한 토지 소유자는 그의 본적지 또는 소재지의 시·구·정촌장 또는 부윤·면장 또는 그에 준하는 자의 증명을 받은 인감을 토지소재지를 관할하는 등기소에 제출하였다(신용하, 전거서, 65면).

56) 임영덕, “부동산소유권이전등기 등에 관한 특별조치법의 연구”, 국민대학교 대학원 박사학위 논문(2008), 21-22면.

행정처분으로서 절대적 효력을 가지며, 사정으로 인하여 토지소유권을 원시취득하였다. 즉 사정과 부합하지 아니하는 등기나 증명은 말소대상이 되었다. 이러한 사정은 신고주의<sup>57)</sup>를 채택하였는데, 토지소유자로 신고한 증빙자료에 대하여 주무관청의 사정을 거쳐야만 비로소 그 소유권을 법적으로 인정받게 되었기 때문에 현재도 이때의 사정(査定)명의자를 기초로 하여 소유자의 권리에 대한 인정과 이동이 이루어지고 있을 정도로 매우 중요시 되고 있는 실정이다.<sup>58)</sup> 일제는 토지등기제도를 시행함에 있어서 토지대장의 소관청과 등기소를 밀접히 연결시켰고, 징세의 목적으로 만들어진 토지대장에 등록된 미등기의 토지는 토지대장의 등본으로 소유권을 증명할 수 있도록 하였다.<sup>59)</sup>

한편 재결(裁決)은 어떤 토지에 대한 사정에 불복이 있는 경우에 그 토지에 대한 권리관계를 확인하는 행정처분이었다.<sup>60)</sup> 재결에 의하여 사정된 토지소유권자나 토지의 경계에 변경이 생길 경우 그 변경의 효력은 사정일(査定日)에 소급하였다. 재결은 1912년 8월에 시작하여 1917년 12월에 완료하였다.

일제의 토지조사사업은 토지점탈정책과 조세수탈정책을 달성하기 위한 것으로서 그 결과 공장토, 역토, 목장토 등은 국유지에 편입되고, 관습상의 경작권이나 도조권 등이 인정되지 않았으며, 입회권이나 개간권 등이 대부분 소멸되고, 토지조사사업에 대한 분쟁이 다수 발생하였다.<sup>61)</sup>

57) 사정을 함에 있어서는 토지조사법시행세칙 제2조의 신고서를 제출하도록 하였으며, 지주의 조사에 있어서 동일 토지에 대하여 2인 이상의 권리주장자가 있는 경우 또는 오직 1인의 권리주장자밖에 없지만 그 권원에 의문이 있는 경우를 제외하고는 권원조사를 함이 없이 신고명의인을 지주로 인정하였고, 동일한 토지에 대하여 소유권주장자가 2인 이상이 있거나 경계에 관한 분쟁이 있는 경우에는 먼저 당사자 간에 화해를 유도하여 화해를 통하여 해결하였으며, 화해가 성립되지 않는 경우에는 분쟁지로서 이를 조사하여 처리하였다. 토지의 경계조사에 있어서는 신고자로 하여금 해당 토지의 사방에 말뚝을 박고 지주, 관리인, 이해관계인 또는 그 대리인 및 지주총대를 입회시켜 지주의 조사와 아울러 인접 토지와의 관계를 조사하였다(창원민사법연구회, 전계서, 970-971면).

58) 김봉환, 「김봉환 변호사 회고록」, 보고서, 2002, 153-154면.

59) 신용하, 전계서, 66면.

60) 조선총독부 임시토지조사국의 조선토지조사사업보고서에 의하면, 사정은 토지조사부 및 지적도에 의하여 행하여 졌는데 이를 공시하였고, 사정은 공시기간 만료 후 60일 이내에 고등토지조사위원회에 이의를 제출하여 재결을 구할 수 있도록 하였다. 그리고 토지소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정되는 것으로 하였다(창원민사법 연구회, 전계서, 971면).

## 1) 사정된 묘지 중 소유자의 이름과 주소 및 그 번지가 있는 경우

이렇게 사정된 묘지 중 토지대장의 그 토지소유자란에 그 등록명의인의 성명과 주소 및 그 번지<sup>62)</sup>가 구체적으로 기재되어 있는 경우에는 그 등록명의인 또는 그 상속인이 토지 소유권보존등기를 신청할 수 있다.<sup>63)</sup> 이와 관련하여 현행 부동산등기법상 미등기 토지<sup>64)</sup>에 대하여 토지소유권보존등기를 할 수 있는 경우는 세 가지의 경우이다. 이에 대하여 아래에서 구체적으로 살펴보기로 한다.

### (1) 대장(토지대장, 임야대장)에 의하여 최초의 소유자로 등록되어 있는 자 또는 그 상속인, 그 밖의 포괄승계인(법 제65조 제1호)

대장에 의하여 자기명의로 소유권보존등기를 신청할 수 있는 자는 대장에 최초의 소유자로 등록되어 있는 자 및 그자를 포괄승계한 자이다. 그 밖에 예외적으로 대장상 소유권이전등록을 받은 자와 대장상 최초로 소유자로 복구된 자도 신청할 수 있다.

토지대장·임야대장에는 토지의 소재·지번·면적 등과 소유자의 성명·명칭 및 주소·주민등록번호 등을 기록하게 되어 있으므로(측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 제71조 제1항) 대장상 최초의 소유자로 등록되어 있는 자는 직접 자기의 명의로 소유권보존등기를 신청할 수 있는 것은 당연하다. 그러나 미등기부동산을 매수한 자는 직접 자기의 명의로 소유권보존등기를 신청할 수 없고, 먼저

61) 조선총독부 임시토지조사국의 조선토지조사사업보고서에 의하면, 국유지 분쟁은 농민의 소유지로 되어 있는 경작지를 무리하게 국유지와 조선총독부 소유지로 강제편입시킴으로써 발생한 것으로서 둔토분쟁, 궁장토, 목장토, 역토, 삼림, 산야, 미간지, 능원묘위토분쟁, 제언 및 보 분쟁이 이에 해당되며, 민유지 분쟁은 주로 1필지의 토지에 대한 소유권의 주장에 대한 별개의 사실에 기인하여 2명 내지 7명의 다수에 걸쳐서 나타나는 경우가 많았다(신용하, 전계서, 70-81면).

62) 성명과 주소만의 기재로 그치지 않고, 그 주소의 구체적인 지번 번지가 기재되어 있어야 한다.

63) 소유권보존등기는 아직 소유권의 등기가 되어 있지 아니한 특정의 부동산에 대하여 최초로 하는 등기로서, 새로이 등기용지를 개설하여, 표제부에는 부동산의 표시에 관한 사항을 기록하고, 갑구(甲區)에는 해당 부동산의 소유권에 관한 사항을 기록하는 방법으로 행하여진다.

64) 묘지의 경우에는 토지에 해당하고, 건물에 관한 등기는 이루어지지 않으므로 논의 및 고찰대상에서 제외하기로 한다.

대장에 최초로 등록되어 있는 자 명의로 소유권보존등기를 한 다음 자기 명의로 소유권이전등기를 신청하여야 한다.<sup>65)</sup>

또한 상속이나 법인의 합병·분할과 같은 포괄승계가 있는 경우에는 토지대장이나 임야대장에 최초로 소유자로 등록되어 있는 자의 포괄승계인은 자기명의로 소유권보존등기를 신청할 수 있다(법 제65조 제1호). 상속인에 의한 보존등기가 주로 문제되므로 이에 대하여 살펴보기로 한다. 토지대장이나 임야대장에 최초의 소유자로 등록되어 있는 자의 상속인도 직접 자기의 명의로 소유권보존등기를 신청할 수 있는데, 이를 상속보존등기라 한다. 주의할 것은 이 경우 피상속인 명의로 보존등기를 하고 다시 상속인 앞으로 이전등기를 하는 것이 아니라는 점이다. 수인의 상속인이 존재하지만 상속포기나 상속재산협의분할에 의하여 상속인 중 1인이 미등기 토지를 상속하는 경우에는 그 상속인이 직접 자기의 명의로 보존등기를 신청할 수 있고, 보존등기 전에 상속이 여러 차례에 걸쳐 발생한 경우에는 최후의 상속인이 등기신청 당시 소유권자에 해당하므로 직접 자기 명의로 바로 보존등기를 신청할 수 있게 되는 것이다.

대장상 소유자의 성명·주소 또는 주민등록번호 등의 일부 누락 또는 착오가 있어 소유자를 특정할 수 없는 경우에는 소유자는 먼저 대장상 소유자의 표시를 정정등록한 후 그 대장을 첨부하여 소유권보존등기를 신청하여야 한다.<sup>66)</sup> 이 경우에 대장상 소유자표시를 정정등록하지 않고 단순히 토지 소재지 관할 면장의 동일인확인서 또는 이웃사람의 인우보증서 등에 의하여 보존등기를 신청할 수는 없다.<sup>67)</sup> 대장에 소유명의인으로 등록된 후 성명복구, 개명, 전거 등으로 대장의 등록사항에 변경이 생긴 경우에는 대장 외에 제적등본이나 기본증명서 또는 주민등록표등초본 등 변경사실을 증명하는 서면을 첨부하여 소유권보존등기를 신청할 수 있다.<sup>68)</sup>

대장상 소유권이전등록을 받았다 하더라도, 그러한 자 또는 그 상속인은 자기 앞으로 소유권보존등기를 신청할 수 없고, 대장상 최초의 소유명의인 앞으로 소

65) 1983.11.2. 등기선례집 제I권 240항.

66) 2003.5.22. 등기선례집 제VII권 147항.

67) 지적공부 등록 당초의 과오로 인하여 지적공부상의 소유자의 주소표시에 일부 누락이 있다면 그 공부상의 표시를 정정하여야만 그 토지에 관한 소유권보존등기신청을 할 수 있고, 인우인보증서 등에 의하여 그 공부상의 흠결을 보완할 수는 없다(1981.6.26. 등기선례집 제I권 259항).

68) 2011.10.12. 등기예규 제1427호.

유권보존등기를 한 다음 자신 앞으로 이전등기를 하는 것이 원칙이다.<sup>69)</sup>

다만 이에 대하여는 두 가지의 예외가 있다.

첫째로, 등기부가 멸실되었음에도 불구하고 등기부상의 소유자가 멸실회복등기를 기간 내에 신청하지 아니한 경우에는 대장상 소유권이전등록을 받은 소유명의인 또는 그 상속인이 곧바로 그들 명의로 소유권보존등기를 신청 할 수 있다.<sup>70)</sup> 다만 이 경우 상속인 명의로 소유권보존등기를 신청하려면 상속을 증명하는 서면과 대장등본 이외에 전 등기의 등기필증을 첨부하여야 하고 등기필증을 첨부하기 불가능한 경우에는 멸실 직전의 등기부등본이나 기타 권리를 증명하는 공문서를 첨부하여야 하며, 법무사 보증서 등의 보증서로서 이를 대신할 수 없다.<sup>71)</sup> 이 경우 등기부가 멸실된 사실을 소명하는 서면의 첨부 없이 대장등본에 의해서만 소유권보존등기를 신청 할 수는 없다.<sup>72)</sup>

둘째로, 미등기토지의 지적공부상 국(國)으로부터 소유권이전등록을 받은 경우에도 직접 자기 명의로 보존등기를 할 수 있다. 무주의 부동산은 국가의 소유이고, 대장관리기관인 국가에서 소유권이전사실을 스스로 확인가능하기 때문에 절차의 번잡을 피하기 위하여 바로 이런 절차를 취하는 것이라고 보아야 한다.<sup>73)</sup>

대장에 최초로 소유자로 복구된 경우<sup>74)</sup>에도 소유권보존등기가 가능한 경우가

69) 미등기건물의 양수인은 건축물대장에 자기명의로 소유권이전등록이 되어 있는 경우에도 양수인이 직접 자기명의로 소유권보존등기를 신청할 수 없고 최초의 소유자 명의로 소유권보존등기를 한 후 자기 명의로 소유권이전등기를 하여야 한다(1983.11.2. 등기선례집 제1권 240항).

70) 현행법상 멸실회복등기제도는 폐지되었으나, 부동산등기규칙 부칙 제3조에서는 종이형태로 작성된 등기부의 전부 또는 일부가 폐쇄되지 아니한 상태에서 멸실되었으나 이 규칙시행당시까지 종전의 규정에 따른 멸실회복등기절차가 이루어지지 아니한 경우의 그 회복에 관한 절차는 종전의 규정에 따르도록 하고 있다.

71) 2006.1.23. 부동산등기-165 질의회답.

72) 2001.9.17. 등기선례집 제VI권 461항.

73) 유석주, 전게서, 610면.

74) 지적공부가 멸실·훼손된 경우에는 소관청은 그 당시의 지적공부와 가장 부합하다고 인정되는 관계 자료에 의하여 토지의 표시에 관한 사항을 복구하여야 하는데, 이를 대장복구라 한다. 한편 대장복구시 소유자에 관한 사항은 부동산등기부나 법원의 확정판결에 의하여 복구하는데, 이를 소유자복구라 한다(측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 시행령 제61조 제1항). 판례는 6·25사변 이후에 복구된 토지대장이나 임야대장에 관하여 토지의 표시에 관해서는 그 지적이 멸실 전의 공부상의 그것과 동일하게 복구된 것으로 추정하

있는데, 이는 복구된 시기에 따라 그 처리방법이 다르다.<sup>75)</sup> 이에 관하여는 2011년 10월 12일 등기예규 제1427호에서 정하고 있다. 복구된 대장에 의하여 소유권 보존등기를 신청한 경우의 문제점은 대장에 복구한 사실이 명백하게 기재되어 있지 않아 실제로는 복구된 대장임에도 불구하고 복구 여부에 관한 사실이 대장에 기록되어 있지 않은 경우가 있으며 이는 대장상 토지를 사정(査定)받은 것으로 기재되어 있는 경우가 주로 문제된다. 이 경우 등기관은 대장 소관청에 사실 조회를 하여 복구된 시기를 판단하여야 한다.

이에 대하여 세가지 경우로 구분하여 구체적으로 살펴보기로 한다.

- ① 일제 강점기의 경우로서,<sup>76)</sup> 이 시기에 작성된 토지대장에 소유권이 이전된 것으로 등재된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 기재의 진실성을 담보할 수 있으므로,<sup>77)</sup> 구 지적법의 제정·시행일인 1950년 12월 1일 이전에 복구된 토지대장은 강한 증명력이 있어 그 대장에 기하여 소유권보존등기를 신청할 수 있을 것이다. 다만 그 소유권이전등기는 구 토지대장규칙 조선총독부령 제45호의 시행일자인 1914년 4월 25일 이후에 경료 되어 있을 것을 요하므로 이 시기 이전의 것은 소유권보존등기를 할 수 없다.
- ② 구 지적법(1975년 12월 31일 법률 제2801로 전문개정되기 전의 것)이 시행된 시기로서, 시기적으로는 1950년 12월 1일부터 1975년 12월 31일까지이다. 구 지적법에는 복구에 관한 규정이 전혀 없었고 복구의 과정보다 과세의 편의를 위하여 토지조사부 또는 임야조사서 등을 증거로 하여 직권으로 복

는 반면, 소유자의 기록에 관해서는 권리추정력을 인정하지 않고 있다(대법원 1995.8.22. 선고 95다16493 판결). 즉 복구된 대장에 최초의 소유자로 기록되어 있다고 하여 그 사람이 소유권보존등기신청을 할 수 있는 것이 아니라 복구된 시기에 따라 그 등기신청의 가능여부가 달라진다(유석주, 전거서, 605면).

- 75) 복구의 시기가 문제되는 것은 소유자복구로서 소유자에 관한 사항이므로 토지의 표시에 관해서는 그 복구시기가 문제되지 않는다.
- 76) 일제강점기하의 토지대장에 관한 관계법령은 ‘조선지세령’과 ‘토지대장규칙’인데, 조선지세령은 해방 이후 우리 정부에 의해 그대로 시행되다가 지세에 관한 것은 ‘지세법’, 지적에 관한 것은 ‘지적법’으로 각각 독립하여 입법함으로써 1950년 12월 1일 폐지되었다. 위 토지대장이나 조선지세령에는 대장복구에 관한 규정은 없었으나, 토지대장규칙 제2조에 의하면 국유지의 불하·교환·양여 또는 미등기 토지의 수용으로 인한 경우나 미등기 토지를 국유로 하는 경우 이외에는 등기관의 통지가 있기 이전에는 토지대장에 소유권의 이전을 등록하지 못하게 규정되어 있었다(유석주, 전거서, 605-606면).

- 77) 대법원 1993.2.26. 선고 92다3083 판결.

구하는 등 복구절차가 간이하게 처리되었으므로, 이 시기에 소유자가 복구된 경우에는 대장멸실 전의 그것과 동일하다고 추정할 수 없으므로 이 시기에 소유자가 복구된 경우에는 그 복구된 대장등본을 첨부해서 소유권보존등기를 할 수 없다. 따라서 이 시기에 복구된 토지대장에 소유자로 기재된 자는 대장에 소유자로 성명과 주소가 기재되어 있다고 하더라도 그 토지대장등본을 첨부해서는 소유권보존등기를 할 수 없고,<sup>78)</sup> 등기관리자가 국가를 상대로 소유권확인소송을 제기하여 그 토지가 등기관리자의 소유임을 확정하는 판결을 받아 그 판결에 의하여 등기관리자 앞으로 소유권보존등기를 할 수 있다.<sup>79)</sup>

- ③ 개정 지적법(1975년 12월 31일 법률 제2801로 전문개정된 것)이 시행된 시기로서, 시기적으로는 1975년 12월 31일 이후의 것이다. 개정 지적법에서는 소유자에 관한 사항을 부동산등기부나 법원의 확정판결에 의하지 아니하고서는 복구등록을 할 수 없도록 규정(구 지적법 제74조, 구 지적법 시행령 제9조)하고 있다. 그러므로 이 시기에 소유자가 복구된 경우에는 멸실 전의 그것과 동일하게 복구된 것으로 추정할 수 있으므로 그 복구된 대장등본을 첨부해서 소유권보존등기를 할 수 있다.

## (2) 확정판결에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자(법 제65조 제2호)

이에 대하여는 2011년 10월 12일 등기예규 제1427호에 자세히 규정되어 있는데, 여기에서 말하는 판결은 보존등기신청인의 소유임을 확정하는 내용의 것으로서 확정판결이면 족하고, 반드시 확인판결이어야 할 필요가 없다.<sup>80)</sup> 즉 형성판결이나 이행판결이라도 그 이유 중에서 보존등기신청인의 소유임을 확인하는 내용의 것이면 이에 해당한다. 따라서 판결이유 중에 그 부동산이 등기의무자인 피고의 소유임이 확인되어 있다면 원고가 소유자인 피고를 대위하여 피고 명의로 소유권보존등기를 한 다음 다시 원고 앞으로 소유권이전등기신청을 할 수 있다.<sup>81)</sup>

78) 2006.9.7. 등기선례집 제VIII권 162항.

79) 2003.3.5. 등기선례집 제VII권 389항.

80) 대법원 1994.3.11. 선고 93다57704 판결.

81) 2003.6.4. 등기선례집 제VII권 120항. 다만, 판결이유 중에 소송의 당사자 이외의 제3자의 소유임이 기록된 경우에는 그 제3자는 판결의 효력을 받는 자가 아니므로 그 판결에 따라 자기명의로 소유권보존등기를 신청할 수는 없다고 할 것이다.

그리고 여기의 판결에는 조정조서·화해조서·인낙조서 등 확정판결에 준하는 것도 이에 해당한다.

판결의 상대방 즉 피고는 소유권보존등기를 신청할 수 있는 자이어야 하는데, 첫째, 소유권보존등기가 되어 있는 토지에 대하여는 당연히 그 등기명의인이 피고가 된다. 이미 보존등기가 마쳐진 토지에 대하여 그 명의인을 상대로 말소판결을 얻은 경우 그 판결에 신청인의 소유임을 확인하는 내용이 들어있다면 그 판결로 보존등기를 말소하고 그 후 자기 명의로 새로이 보존등기를 신청할 수 있다.<sup>82)</sup> 둘째, 미등기 토지에 관하여는 토지대장·임야대장상 소유자로 등록되어 있는 자가 보존등기신청을 할 수 있으므로 미등기 토지는 대장상 최초의 등록명의자를 피고로 하여야 하며, 대장상 이전 등록된 자를 피고로 하여서는 안 된다. 다만 전술한 바와 같이 예외적으로 등기부가 멸실되었으나 등기부상 소유자로서 멸실회복 기간 내에 회복등기를 신청하지 못한 자와 미등기토지의 지적공부상 국(國)으로부터 소유권이전등록을 받은 자는 대장상 소유권이전등록을 받았다 하더라도 직접 자기의 명의로 소유권보존등기를 신청할 수 있으므로 이들을 피고로 할 수 있다. 셋째, 대장상 등록명의자가 없거나 등록명의자가 누구인지 알 수 없을 때(예를 들어, 명의인의 성명 또는 주소가 불명인 경우)에는 국가를 상대방으로 하여 소유권확인판결을 얻어야 한다.<sup>83)</sup> 다만, 대장상 또는 등기부상 명의인이 분명한 경우에도 국가가 등기 또는 등록명의자인 제3자의 소유를 부인하면서 계속 국가소유를 주장하는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 국가를 상대방으로 하여 확인을 구할 이익이 있다.<sup>84)</sup>

### (3) 수용으로 인하여 소유권을 취득하였음을 증명하는 자(법 제65조 제3호)

사업시행자는 수용의 개시일에 토지나 물건의 소유권을 취득하며, 이에 대한 다른 권리는 이와 동시에 소멸한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제45조 제1항). 수용으로 인한 취득은 원시취득이므로 등기를 요하지 아니하지만 처분하려면 직접 자기명의로 소유권보존등기를 하여야 한다(민법 제187조, 법 제65조 제3호).

82) 1999.6.10. 등기선례집 제VI권 178항.

83) 대장상 소유자 표시에 착오·유류가 있지만 소유자의 특징이 가능한 경우에는 그 특정된 소유명의인을 피고로 하여 판결을 받으면 된다.

84) 대법원 1994.12.2. 선고 93다58738 판결.



## 2) 사정된 묘지 중 소유자의 이름만 있고 주소 및 번지가 없는 경우

이와 관련되는 문제로서 판결에 의한 등기신청의 경우 주소를 증명하는 정보의 경우에는 전술한 등기신청시 등기소에 제공하여야 하는 첨부정보 중 주소를 증명하는 정보에서 고찰한 바와 같다.

한편 이에 대한 보존등기 가능여부에 대하여는 판결에 의하여 자기의 소유권을 증명하는 자로서 소유권보존등기를 신청하는 경우의 2011년 10월 12일 등기예규 제1427호에 의하여 처리한다. 즉 대장상 소유자 표시에 착오 또는 유류가 있는 경우이더라도 소유자의 특징이 가능한 경우에는 그 특정된 소유명의인을 상대로 판결을 얻어 등기를 할 수 있지만, 대장상 등록명의자가 없거나 등록명의자가 누구인지 알 수 없을 때(예를 들어, 명의인의 성명 또는 주소가 불명인 경우)에는 등록명의인을 상대방으로 할 수는 없으므로 국가를 상대방으로 하여 소유권확인판결을 얻어 이를 통하여 등기를 하여야 한다.

## 3) 검토

문제는 묘지의 경우 그 경제적 가치의 문제와 상속인들 사이의 이해관계문제로 비용을 들이면서까지 소송을 통하여 판결을 받아 소유권보존등기를 하려고 하는 경우가 많지 않다는 점이다.<sup>85)</sup> 따라서 이러한 이유로 현재까지 묘지의 경우에는 토지대장에 사정된 채로 미등기인 상태로 방치되는 경우가 많다.

## 3. 토지대장상 전혀 등록되어 있지 않은 묘지의 경우

토지대장에 해당 묘지가 전혀 등록되어 있지 않으므로 대장을 통한 소유권보존등기 및 이를 기초로 한 소유권이전등기가 전혀 불가능하다. 주로 타인의 토지에 분묘가 설치되어 있는 경우로서 토지대장에 전혀 등록되어 있지 않은 경우 즉 해당 묘지에 대한 토지대장이나 임야대장 자체가 존재하지 않는 경우에는 이른바 관습법상의 법정 지상권인 분묘기지권의 문제가 생긴다.

85) 다만, 민법 제1008조의 3에 따른 금양입야와 묘토인 농지에 대하여는 이와 다소 사정이 다르다.

## 1) 분묘와 분묘기지권

분묘란 시체 또는 유골을 매장하는 시설로서 그 내부에 사람의 유골·유해·유발 등 시신을 매장하여 사자(死者)를 안장한 장소인데, 분묘가 제사용 재산인지 여부에 대하여는 우리 민법 제1008조의 3의 규정에 따르면 그 제목이 ‘분묘 등의 승계’라고 하고 있으므로 우리 민법의 해석상으로도 분묘는 제사용 재산에 포함된다고 보아야 할 것이다.<sup>86)</sup>

한편 분묘기지권은 분묘를 수호하고 봉제사(奉祭祀)하는 목적을 달성하는데 필요한 범위 내에서 타인의 토지를 사용할 수 있는 권리를 의미하는 것으로서, 분묘의 기지 자체뿐만 아니라 그 분묘의 설치목적인 분묘의 수호 및 제사에 필요한 범위 내에서 분묘의 기지 주위의 공지(空地)를 포함한 지역까지 포함한다.<sup>87)</sup> 엄밀히 말하면 분묘와 분묘기지권은 별개의 개념이지만 종래의 사회관념상 분묘의 기지는 분묘의 일부를 이루는 구성부분으로서 분묘기지권은 분묘가 확대된 것으로 볼 수 있고, 이러한 분묘기지권은 분묘에 포함시켜 민법 제1008조의 3의 규정에 의한 제사용 재산에 속한다고 보아야 할 것이다.

## 2) 분묘기지권의 취득문제

분묘기지권을 누가 취득하는지의 문제는 민법 제1008조의 3에 의한 제사주재자의 결정에 따르는 것이 관례이다. 즉 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결은 ‘특별한 사정이 없으면 종손이 제사주재자가 된다고 관습한 종래의 판결은 이제 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 하는 가족제도에 부합하지 않고 이에 대한 사회구성원의 법적 확신도 약화되어 관습 내지 관습법으로 효력을 유지할 수 없으며, 그러한 관습에 터 잡은 대법원 판결들도 관습법으로서 효력을 유지할 수 없게 되었다’라고 하면서 ‘제사주재자의 결정방법은 민법의 일반원리와 아울러 제사용 재산의 성격, 제1008조의 3의 입법목적, 제사가 가지는 역사적·사회적 의미 등을 종합적으로 고려하여 조리에 의하여 확정되어야 하며, 공동상속인이 있을 경우 그들 사이의 협의에 의하는 것이 가장 조리에 부합하며, 협의가 이루어지지 않을 경우 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정

86) 전술한 바와 같이 일본 민법의 경우에는 계보, 제구와 더불어 분묘를 제사재산으로 규정하고 있다(일본민법 제897조).

87) 대법원 1994.12.13. 선고 94다15530 판결.

이 없으면 사자의 장남(그 장남이 이미 사망한 경우 장손자), 다른 아들, 장녀의 순으로 제사주재자가 된다'라고 한다. 그런데 이 경우 분묘소유권자가 분명하지 않은 경우에는 상속인, 친족 또는 이해관계인의 신청에 의하여 가정법원이 정하는 방법을 입법론<sup>88)</sup>으로 도입할 필요가 있다고 할 것이다.

### 3) 분묘기지권의 공시방법

분묘기지권의 공시방법에 대하여는 평장(平葬)이 되거나 암장(暗葬)이 되어 있어 객관적으로 인식할 수 있는 외형을 갖추고 있지 아니한 경우에는 인정되지 아니하므로 봉분 등 외부에서 분묘의 존재를 인식할 수 있는 형태를 갖추고 있는 경우에 한하여 등기 없이도 제3자에게 대항할 수 있다는 내용의 판례가 일관되게 유지하고 있으며,<sup>89)</sup> 분묘기지권의 특성상 등기 없이 취득된다는 이러한 입장은 분묘기지권을 시효취득하거나 토지소유자의 승낙을 얻어 설치한 경우나 자기의 토지에 분묘를 설치한 후 이를 타에 특약 없이 양도한 경우에도 마찬가지로 해석된다.

그런데 이러한 분묘기지권에 관하여는 2000년 1월 12일 장사법이 제정·공포되어 2001년 1월 13일부터 시행<sup>90)</sup>되었으므로 장사법 시행이전과 시행이후에 따라 분묘기지권에 대한 해석이 달라진다고 보아야 한다.<sup>91)</sup>

88) 정길용, “분묘기지권의 취득과 승계 및 소멸”, 『민족문화논총』 제36집, 영남대학교 민족문화연구소(2007), 263-264면.

89) 대법원 1996.6.14. 선고 96다14036 판결 등.

90) 종래의 매장 및 묘지에 관한 법률을 전면 개정하여 2001년 1월 13일부터 시행하다가 2007년 5월 25일 법률 제8489호로 전면 개정 되어 1년 후인 2008년 5월 26일부터 전면시행하고 있다. 이후 다시 2011년 8월 4일 일부개정 되어 법률 제11008호로 2012년 8월 5일 시행되고 있다.

91) 이에 대하여는 소재선/이경용, “장사법과 분묘기지권제도의 고찰”, 『법학논총』 제36권 제2호, 단국대학교 부설 법학연구소(2012), 507-536면 참고; 임형택/김진/박기정/양철수, “「장사에 관한 법률」과 관습법상의 분묘기지권”, 『지적』 제40권 제2호, 대한지적공사(2010), 177면 참고; 김상찬/조두환, “분묘기지권의 존속기간에 대한 연구”, 『토지법학』 제27-1호, (사)한국토지법학회(2011), 278면 참고.

#### 4. 민법 제1008조의 3의 제사용 재산의 등기 방법

민법 제1008조의 3의 제사용 재산을 승계한 제사주재자는 타인의 간섭 없이 자유로이 생전처분행위를 할 수 있고 이 처분행위는 대외적으로나 상속인간에 있어서나 확정적으로 유효하다. 그렇다면 이 제사용 재산 중 금양임야와 묘토인 농지를 처분하려는 자는 제사주재자 본인명의로 등기를 하여야 하고(민법 제187조), 이로부터 그 재산을 취득한 자도 소유권이전등기를 자신명의로 하여야 할 것이다. 제사용 재산의 등기에 관하여는 제사용 재산의 승계의 본질을 상속으로 보게 되는 경우에는 제사용 재산의 승계자는 피상속인의 사망 시점에 법률상 당연히 제사용 재산에 대한 권리를 승계하는 것이 되고 이에 대하여 등기를 필요로 하지 않는다.<sup>92)</sup> 다만 이 승계자가 등기를 하지 않더라도 제사용 재산에 대한 소유권을 취득한다고 하는 경우에도 이에 대한 등기가 전혀 필요하지 않은 것은 아니다. 따라서 제사용 재산에 대한 등기와 관련하여 그 금양임야와 묘토인 농지에 대한 등기방법에 대하여 검토하여 볼 필요가 있다.

##### 1) 금양임야와 묘토의 의미

금양임야(禁養林野)란 조상의 분묘가 소재하거나 세워질 예정으로 벌목을 금지하고 나무를 기르는 임야를 말하며,<sup>93)</sup> 이를 묘산(墓山)·종산(宗山)이라고도 하는데,<sup>94)</sup> 이는 혈통을 같이 하는 자손들이 조상의 분묘를 설치·보존하기 위한 임야로서 전해 내려오는 것이다. 금양임야인지의 여부는 조상의 분묘가 소재하는

92) 대법원은 민법 제1008조의 3의 이른바 제사용 재산은 일반상속재산과 구분되는 특별재산이라고 하면서, 승계를 상속과 완전히 별개의 제도로 볼 것이 아니라 본질적으로 상속에 속하는 것으로서 일가의 제사를 계속할 수 있게 하기 위하여 상속에 있어서의 한 특례를 규정한 것이라고 하고 있다(법원 2008.11.20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결). 또한 관례는 제사용 재산(예컨대 묘토인 농지)의 승계가 본질적으로 상속에 해당한다고 보고, 제사용 재산을 승계한 자가 그에 관한 권리의 회복을 청구하는 경우에는 상속회복청구에 관한 제척기간(민법 제999조)이 적용된다고 한다(대법원 2006.7.27. 선고 2005다45452 판결).

93) 서울서부지방법원 1993.5.14. 선고 92가합13523 판결; 서울고등법원 1984.11.6. 선고 84나10862 판결.

94) 이에 대하여는 박병호, “민법상의 제사용재산의 승계”, 「가족법연구」 제10호, 한국가족법학회(1996), 553면 참고.

장소, 지형, 방향, 위치, 나무의 나이 및 밀집정도 등을 고려하여 혈통을 같이하는 자손들이 금양임야로서 보존하여 왔는지의 여부에 따라서 판단하여야 한다.<sup>95)</sup>

묘토(墓土)는 위토(位土)라고도 말하는데, 제사 또는 이와 관계되는 사항을 집행·처리하기 위하여 설정된 토지를 말한다. 이를 제전(祭田)·묘전(墓田)이라고도 하며, 이 토지를 기본으로 하여 그 수익으로 경비에 충당한다.<sup>96)</sup>

## 2) 현행법상 제사용 재산에 대한 등기실무

민법 제1008조의 3 규정에 의하여 분묘에 속한 1정보<sup>97)</sup> 이내의 금양임야를 제사를 주재하는 자가 그 승계로 인한 소유권등기를 신청함에 있어서는 당해 부동산이 금양임야이고, 등기신청인이 제사를 주재하는 자임을 상속인 전원이 인정하는 서면(그 서면에는 신청인을 제외한 상속인 전원의 인감증명을 첨부하여야 할 것임)을 첨부하여야 한다는 것이 현재 등기실무이다.<sup>98)</sup> 또한 이전의 등기실무에서도 호주상속인이 민법 제996조(현행 제1008조의 3) 규정에 의하여 승계한 금양임야에 관하여 그 승계로 인한 소유권등기를 신청함에 있어서는 호적등본·제적등본 등 상속을 증명하는 서면과 금양임야임을 증명하는 서면을 첨부하여야 하나, 위 금양임야임을 증명하는 서면을 얻기가 어려운 경우에는 이에 갈음하여 공동상속인 전원이 인정하는 서면(그 서면에는 신청인을 제외한 상속인 전원의 인감증명을 첨부하여야 할 것임)을 첨부하여도 무방하다고 하고 있다.<sup>99)</sup>

한편 같은 취지로 위 규정에 의하여 분묘에 속한 600평 이내의 묘토인 농지에 대한 소유권은 제사를 주재하는 자가 승계하게 되며 장손이 당연히 승계하는 것은 아니며, 제사를 주재하는 자가 위 부동산에 대한 등기를 신청하기 위해서는 신청서에 상속을 증명하는 서면 및 등기신청인이 제사를 주재하는 자임을 상속인 전원이 인정하는 서면(이 서면에는 등기신청인을 제외한 상속인 전원의 인감증명을 첨부하여야 할 것임)을 첨부하여야 한다고 하고 있다.<sup>100)</sup> 또한 농지에 분묘가 설치되어 있다는 것만으로는 묘토라고 할 수는 없으므로 해당 농지가 묘토

95) 서울서부지방법원 1993.5.14. 선고 92가합13523 판결.

96) 김주수/김상용, 「친족·상속법」, 제8판, 법문사(2008), 543면.

97) 3,000평의 면적을 말한다.

98) 1992.2.24. 등기 질의회답-401; 김영현, 「등기법령·예규·선례집」, 수립(2005), 610면.

99) 1989.4.18. 등기 질의회답-774; 김영현, 전제서, 610면.

100) 1993.10.13. 등기 질의회답-2572; 김영현 전제서, 609면.

가 아니라면 상속인이 상속재산협의분할에 따르지 않을 경우에는 상속인이 상속 비율에 따라 상속을 하게 되는 것이 원칙이지만, 상속개시 당시에 이미 묘토로 사용되고 있는 농지라면 제사를 주재하는 자가 승계하게 되며, 승계로 인한 소유권이전등기를 신청하기 위해서는 신청서에 상속을 증명하는 서면과 당해 토지가 묘토인 농지이고 아울러 등기신청인이 제사를 주재하는 자임을 상속인 전원이 인정하는 서면(이 서면에는 등기신청인을 제외한 상속인 전원의 인감증명을 첨부하여야 할 것임)을 첨부하여야 한다고 하고 있다.<sup>101)</sup>

### 3) 검토

위에서 살펴본 바와 같이 등기실무는 민법 제1008조의 3에 의하여 제사주재자가 단독에 의한 등기신청이 가능하더라도 상속을 증명하는 서면과 함께 금양임야 또는 묘토인 농지임을 증명하여야 하며, 이와 아울러 제사주재자임을 증명하기 위하여 신청인 본인 이외의 상속인 전원의 인감증명을 첨부하도록 하고 있다. 그런데 이는 사실상 협의분할에 준한 상속등기절차에 따라 등기를 하여야 한다는 것으로서 신청인을 제외한 공동상속인 전원의 인감증명을 첨부하지 않으면 판결에 의하지 않는 한 민법 제1008조의 3에 규정한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지에 대하여는 법정상속지분 비율에 따른 등기를 하는 방법 외에는 등기를 할 수 없게 된다.<sup>102)</sup>

따라서 현행 등기실무상 공동상속인들 사이의 이해관계가 대립되거나<sup>103)</sup> 공동상속인 중의 일부가 행방불명이 된 경우, 외국에 장기간 거주하여 외국 국적을 취득하는 등 국내에 입국하지 않는 등으로 인감증명을 첨부하지 못하는 사정이 생긴 경우에는 판결<sup>104)</sup>에 의하지 않는 한 민법 제1008조의 3의 취지에 따른 제

101) 1997.5.21. 등기 질의회답-3402 ; 김영현, 전제서, 609면.

102) 등기의 실체에 있어서는 금양임야와 묘토인 농지에 대하여 위와 같은 방식으로 등기가 행하여지는 경우는 거의 없으며, 이러한 제사용 재산의 등기에 대하여는 일반의 상속재산과 마찬가지로 취급되어 상속인이 수인인 경우에는 공동상속이나 협의분할에 의한 상속으로 이루어지고 있다.

103) 묘지나 금양임야 등에 대하여 공동상속인 사이의 이해대립으로 공동상속인의 법정지분에 따라 등기를 하는 경우는 거의 없고, 이 경우 등기를 하지 않고 방치하게 되는 경우를 많이 보게 된다.

104) 원고 자신은 호주상속인으로서 제사주재자이고 당해 부동산은 제사용 재산임을 주장하

사주재자의 명의로 등기를 할 수 없게 되는 것이다. 즉 민법 제1008조의 3은 제사용 재산을 제사를 주재하는 자에게 승계된다고 규정하여 제사주재자에게 이 제사용 재산을 귀속시키려고 하는 취지로 보이지만, 현실에 있어서는 공동상속인이 협의를 하지 않는 한 금양임야와 묘토인 농지를 실제로 제사를 주재하는 자의 단독명의로 등기하는 것은 상당히 곤란해 보인다.

한편 대법원은 금양임야로서 수호하던 분묘의 기지가 포함된 토지가 토지수용으로 인하여 소유권이 이전된 이후에도 미처 분묘를 이장하지 못하고 있던 중 피상속인이 사망하였다면 위 임야는 여전히 금양임야로서의 성질을 가지고 있으며, 한편 어느 토지가 민법 제1008조의 3 소정의 금양임야이거나 묘토인 농지에 해당한다면 그 규정에 정한 범위내의 토지는 제사주재자가 단독으로 그 소유권을 승계할 것이므로 다른 상속인 등의 명의로 소유권이전등기가 경료되었다 하여도 그 부분에 관한 한은 무효의 등기에 불과하므로, 그 소유권이전등기으로써 제사주재자가 승계할 금양임야가 일반 상속재산으로 돌아가는 것은 아니라고 하였다.<sup>105)</sup> 즉 민법 제1008조의 3에 의한 금양임야와 묘토인 농지의 경우에는 등기명의만으로 금양임야의 소유권귀속관계의 결정을 위한 기준이 되지 않는다는 입장이다.

그러나 민법 제1008조의 3에 대한 이러한 해석은 제사용 재산 중 금양임야와 묘토인 농지를 처분하려는 자는 제사주재자 본인명의로 등기를 하여야 하고, 이로부터 그 재산을 취득한 자도 소유권이전등기를 자신명의로 하여야 할 것이므로 부동산에 관한 공시의 문제와 관련하여 상당히 문제의 소지가 있다고 할 것이다.

면서 소유권확인을 구하거나 당해 부동산이 금양임야임을 확인하여 달라고 청구한 사건이 있다(광주지방법원 1999.4.14. 선고 99가단8358 판결; 서울지방법원 2001.5.11. 선고 2000가합48482 판결; 대전지방법원 2006.5.25. 선고 2006나2733 판결).

105) 대법원 1997.11.28. 선고 96누18069 판결.

## IV. 결론

부동산등기사항전부증명서에 등기명의인이 특정되어 등기되어 있는 묘지의 경우에는 신청정보와 첨부정보를 등기소에 제공할 수 있으므로 등기를 신청함에 있어서는 특별히 문제가 없을 것이다.

그런데 문제는 묘지에 대한 등기 신청 자체를 하지 않거나 첨부정보 등을 등기소에 제공할 수 없어 등기를 신청하지 않는 경우이다. 특히 묘지의 경우에는 상속인들의 이해관계 대립이나 해당 묘지를 등기할 경제적 가치가 없다는 이유로 등기를 꺼리는 경우가 많고 피상속인 또는 상속인의 부재·불명 등으로 등기 이전에 필요한 서면이나 첨부정보를 갖출 수 없어 장기간 등기를 방치하여 온 경우가 많다. 그리고 전술한 바와 같이 사정된 묘지의 경우에는 상속인 파악이 어렵고 설사 상속인들이 파악되었다 하더라도 상속인들 사이의 이해관계문제 그리고 그 묘지의 경제적 가치가 소송비용 및 등기절차상 필요적으로 소요되는 비용을 감안하였을 때 전혀 이득이 없다고 판단이 되는 경우에는 소송을 통하여 판결을 받아 소유권보존등기를 하려고 하는 경우가 많지 않기 때문에 토지대장에 사정된 채로 미등기인 상태로 방치되는 경우도 많다. 또한 판결을 받아 판결에 의한 등기를 신청하려는 경우에도 피고 즉 전 소유자 또는 그 상속인들의 필요적 등기 첨부서면이 구비되지 못하여 상당한 시간이 소요되어 판결을 받는데 심히 곤란을 겪거나 심지어는 판결을 받더라도 신청정보와 첨부정보를 등기소에 제공할 수 없어 등기가 불가능한 경우도 발생한다.

또한 민법 제1008조의 3에 의한 금양임야 등의 경우 제사주재자에게 승계된다고 하는데 제사주재자가 불명하거나 존재 하지 않으면 그 등기에 많은 애로사항이 생기며, 한편 전술한 바와 같이 제사주재자가 존재하더라도 제사주재자 명의로 등기를 하기 위해서는 금양임야 또는 묘토인 농지임을 증명하여야 하며, 제사주재자임을 증명하기 위하여 신청인 본인 이외의 상속인 전원의 인감증명을 첨부하도록 하고 있어 현실에 있어서는 공동상속인 전원이 협의를 하지 않는 한 금양임야와 묘토인 농지를 실제로 제사를 주재하는 자 단독명의로 등기하는 것은 상당히 어렵다고 보아야 한다.

따라서 이러한 점을 고려하여 묘지 등의 경우에는 묘지라는 특수성을 충분히 감안하여 묘지에 대한 등기를 할 수 없는 경우이거나 묘지의 등기가 부동산등기법상 상당히 곤란한 경우 그리고 묘지의 등기를 그 동안 장기간 방치하여 둔 경



우에는 특별조치법 등의 제정을 통하여 묘지에 대한 소유권관계를 신속하고 간편하게 정리함으로써 장차 묘지 문제해결에 도움을 줄 수 있도록 하여야 할 것이다.

## 참고문헌

- 김봉환, 「김봉환 변호사 회고록」, 보고사, 2002.
- 김상찬/조두환, “분묘기지권의 존속기간에 대한 연구”, 「토지법학」 제27-1호, (사) 한국토지법학회, 2011.
- 김영현, 「등기법령·예규·선례집」, 수립, 2005.
- 김일수/서보학, 「형법각론」, 제7판, 박영사, 2007.
- 김주수/김상용, 「친족·상속법」, 제8판, 법문사, 2008.
- 박병호, “민법상의 제사용재산의 승계”, 「가족법연구」 제10호, 한국가족법학회, 1996.
- 소재선/이경용, “장사법과 분묘기지권제도의 고찰”, 「법학논총」 제36권 제2호, 단국대학교 부설 법학연구소, 2012.
- \_\_\_\_\_, “부동산소유권이전등기 등에 관한 특별조치법의 개선방안: 특히 법률 제7500호를 중심으로”, 「경희법학」 제47권 제4호, 경희법학연구소 2012.
- 신용하, 「조선토지조사사업연구」, 지식산업사, 1982.
- 유석주, 「부동산등기법」, 삼조사, 2012.
- 임영덕, “부동산소유권이전등기 등에 관한 특별조치법의 연구”, 국민대학교 대학원 박사학위 논문, 2008.
- 임형택/김진/박기정/양철수, “「장사에 관한 법률」과 관습법상의 분묘기지권”, 「지적」 제40권 제2호, 대한지적공사, 2010.
- 정길용, “분묘기지권의 취득과 승계 및 소멸”, 「민족문화논총」 제36집, 영남대학교 민족문화연구소, 2007.
- 정조근/송영민, “장묘법제의 한·중·일 비교연구”, 「토지법학」 제20호, 한국토지법학회, 2004.
- 조종식, “한국 묘지에 관한 법적 연구”, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 1985.
- 창원민사법연구회, 「한국민법의 역사와 해석」, 창원대학교 출판부, 2005.

## 현행법상 묘지의 등기방법과 문제점 소고

소재선 / 이경용

묘지는 법률적으로나 사회적 관념에 의하여 지나친 보호를 받고 있어 묘지의 소유자 등 연고자와 개발주체 사이에 대립이 발생하는 경우 장기간 분쟁상태가 지속되는 경향이 있으며, 이 때문에 토지개발 계획이 장기간 지연되고 심지어 개발자체가 중단되는 경우도 발생한다. 특히 타인의 토지에 묘지가 설치되어 있는 경우 관습법상 분묘기지권이 성립되어 있을 수도 있고, 토지대장에 묘지의 소유권자로 등록되었으나 미등기토지로서 소유권보존등기를 할 수도 없는 경우도 있으며, 또한 소유권보존등기 또는 이전등기가 되어 있더라도 그 소유권자를 실질적으로 파악하지 못하는 경우가 생긴다. 따라서 묘지에 대한 소유권자를 제대로 파악할 수 있다면 그 소유권자와의 협의를 통하여 이장의 방법 등으로 이묘하고 그 해당 묘지에 대한 소유권이전등기 등의 절차를 취할 수 있기 때문에 묘지 등에 대하여 법률적으로 소유권자 및 연고권자가 누구인지에 대하여 파악하는 것이 중요하다.

현행법상 묘지의 등기 방법과 관련하여서는 묘지가 공부에 기재·기록 또는 등록되어 있느냐에 따라 묘지에 대한 등기 가능여부가 결정되며 그 등기 방법도 달라진다. 그리고 미등기 묘지인 경우에는 토지 대장에 등록되어 있는 경우와 그렇지 않은 경우로 구분하여 고찰하여야 하며, 토지대장에 등록되어 있는 경우에도 그 토지대장상의 소유자 표시란의 기재 내용 여하에 따라 등기 방법이 달라지므로 이에 대한 고찰이 필요하다.

그런데 부동산등기사항전부증명서에 등기명의인이 특정되어 등기되어 있는 묘지의 경우에는 신청정보와 첨부정보를 등기소에 제공할 수 있으므로 등기를 신청함에 있어서는 특별히 문제가 없을 것이다. 문제는 묘지에 대한 등기 신청 자체를 하지 않거나 첨부정보 등을 등기소에 제공할 수 없어 등기를 신청하지 않는 경우이다. 특히 묘지의 경우에는 상속인들의 이해관계 대립이나 해당 묘지를 등기할 경제적 가치가 없다는 이유로 등기를 꺼리는 경우가 많고 피상속인 또는 상속인의 부재·불명 등으로 등기이전에 필요한 서면이나 첨부정보를 갖출 수

없이 장기간 등기를 방치하여 온 경우가 많다.

따라서 이러한 점을 고려하여 묘지 등의 경우에는 묘지라는 특수성을 충분히 감안하여 묘지에 대한 등기를 할 수 없는 경우이거나 묘지의 등기가 부동산등기 법상 상당히 곤란한 경우 그리고 묘지의 등기를 그 동안 장기간 방치하여 둔 경우에는 특별조치법 등의 제정을 통하여 묘지에 대한 소유권관계를 신속하고 간편하게 정리함으로써 장차 묘지 문제해결에 도움을 줄 수 있도록 하여야 할 것이다.

## Die Betrachtung des Eintragung der Grabstätte im Grundbuch

SO, Jae-Seon\* / Lee, Kyung-Yong\*\*

Die Grabstätte ist durch gesetzliche bzw. soziale Idee unverhältnismäßig geschützt. So entsteht immer der Streit zwischen dem Eigentümer der Grabstätte und dem Entwicklungssubjekt. Auch das Plan der Landentwicklung ist sich langfristig zu verzögern, ferner wird das Entwicklungsplan unterbrochen. Wenn die Grabstätte besondere in einem fremden Land errichtet ist, kann es ein gewohnheitsrechtliches Grabstützpunktrecht geben. Und es gibt verschiedenartige Grabstätte, beispieleweise Jemand ist als Eigentümer der Grabstätte im Grundbuch eingetragen, aber die Grabstätte ist wegen des uneingetragenen Landes nicht zu registrieren. Auch zwar ist die Grabstätte schon im Grundbuch zu registrieren, aber das ist nicht so einfach, den tatsächlichen Eigentümer zu finden. Also wenn der tatsächliche Eigentümer der Grabstätte richtig gefasst ist, dann kann man mit ihm über den Grabstätteumzug verhandeln und tatsächliches bzw. rechtliches Verhältnis richtig einordnen. So ist das sehr wichtig, zu wem als Besitzer od. Eigentümer die Grabstätte gehört.

Bezüglich der Eintragung der Grabstätte im Grundbuch hängt die Eintragungsmöglichkeit der Grabstätte davon ab, ob die Grabstätte im offiziellen Grundbuch eingetragen wurde. Und im Fälle der nicht eingetragenen Grabstätte ist das danach untersucht, ob die Grabstätte im Grundbuch eingetragen wurde. Auch im Fälle der eingetragenen Grabstätte ist die Eintragungsmethode unterschiedlich durchgeführt, was bezüglich des Eigentümers im Grundbuch geschrieben ist.

Wenn der eingetragene Besitzer im Grundbuch bestimmt ist, gibt es wegen der Anbietensmöglichkeit der Antrag- bzw. Beifügungsinformation kein Problem zum Eintragen der Grabstätte. Dagegen entsteht ein Problem im folgenden Fällen, wenn der

---

\* Prof. Dr. an der Kyung Hee Universitaet Law School/Wissenschaftlicher Betreuer von Kyung Hee Institute of Legal Studies.

\*\* Dr. Jur. Leseacher of Kyung Hee University Institute of Legal Studies.

Eintragungsantrag der Grabstätte nicht vorgelegt ist oder die Beifügungsinformation ins Eintragungsbehörde nicht angeboten werden kann. Insbesondere um die Grabstätte entsteht eine Gegenstreitigkeit der Interesse zwischen Erben und wegen der Unkenntnis bzw. des Mangels der Erbeninformation lässt die Eintragung der Grabstätte langfristig außer Acht.

Folglich unter der Berücksichtigung der oben genannten Problems, bei dieser Arbeit handelt es sich um die rechtliche Einordnung des Eigentumsverhältnis der Grabstätte. Dadurch wird das Problem in Beziehung zur Grabstätte viel mehr schneller bzw. einfacher hinweggeräumt werden.