

## Chapter 4 The Changes in Real Rights over Immovables

### 제3절 부동산물권의 변동과 공시

토지, 건물 등의 부동산은 어떠한 상태에 있는가 또는 누구의 것인가를 일반인들이 알필요

불측의 손해를 입을 위험을 방지하기 위하여 부동산등기제도를 마련함

법률행위에 의한 부동산물권 변동과 법률규정에 의한 부동산물권변동의 문제점을 살펴봄.

#### 제1관 부동산등기제도

##### 1. 등기의 의의

가. 실체법상 등기와 절차법상 등기

1) 실체법상 등기 -- 등기공무원이라 일컬어지는 국가기관이 법정절차에 따라서 등기부라고 불리는 공적 장부에 부동산에 관한 일정한 권리관계를 기재하는 것, 또는 그러한 기재 자체.

2) 절차법상 등기 -- 실체법상의 등기 및 그 밖에 **부동산에 관한 표시에 관한 기재**를 포함한다. 절차법상의 등기와 실체법상의 등기가 언제나 일치하는 것은 아니며

절차법상의 등기가 더 넓은 의미를 가짐(예 지상권, 전세권, 저당권의 소멸의 잔존등기).

나. 등기소, 등기공무원, 등기부

1) 등기소 --- 등기사무를 처리하는 국가기관으로서 등기할 권리목적인 부동산 소재지를 관할하는 지방법원, 지방법원지원 또는 등기소를 말한다.

2) 등기공무원 -- 등기에 관한 사무를 자기의 이름으로 자기책임하에서 처리할 수 있는 자로서 지방법원, 지방법원지원 또는 등기소에 근무하는 자 중에서 법원서기관, 법원사무관, 법원주사 또는 법원주사보 가운데서 지방법원장이 지정하는 자이다.

3) 登記簿와 臺帳

가) 등기부 : 부동산에 관한 권리관계와 권리의 객체인 부동산의 표시를 기재하는 공적 장부이다. 부동산등기부에는 토지등기부와 건물등기부의 2종으로 한다.

a. 1부동산1用紙의 원칙: 1필의 토지 또는 1동의 건물에 대해 1용지(부등법45조)

나) 대장에는 지적공부(토지대장, 임야대장)와 가옥대장이 있다.

--> 지방재산세의 과세자료

다) 등기부와 대장은 기재내용의 일치 내지 부합을 위하여 절차적 의존, 협력관계.

- a. 2원적 公簿 제도
- b. 등기신청시 첨부서류의 기능
- c. 부동산의 사실적 상황에 대해서는 등기가 대장의 기재에 따름(부등법55조)

## 2. 등기의 종류

### 가. 등기의 신설, 변동에 따른 분류

- 1) 보존등기 : 미등기의 부동산에 관하여 그 소유자의 신청으로 처음으로 행하여지는 소유권 등기 즉 소유권보존등기(시효취득은 실무상 이전등기).
- 2) 권리변동의 등기 : 소유권보존등기를 기초로 하여 그 후에 행하여지는 등기  
소유권을 이전하는 등기, 저당권을 설정하는 등기

### 나. 등기의 내용에 따른 분류

- 1) 기입등기 : 새로운 등기원인에 의하여 등기부에 새로이 기입하는 보통의 등기  
예) 소유권보존등기, 제한물권설정등기, 각종 권리이전등기 등
- 2) 更正등기(경정): 등기가 완료된 후에 등기절차상의 착오나 遺漏로 인하여 등기부와 실체관계가 원시적으로 일치하지 않을 때 이를 정정, 보충하려는 등기  
예) 신청서의 잘못기재로 주소가 다른 경우  
등기공무원의 실수로 주소가 누락된 경우
- 3) 변경등기 : 등기된 사항에 관하여 등기후에 등기내용과 실체관계가 후발적으로 일치하지 않는 경우에 이를 시정하기 위하여 변경하는 등기  
예) 근저당설정등기시 --최고액의 증액 등
- 4) 말소등기 : 기존의 등기가 원시적 또는 후발적 이유에 의하여 등기사항의 전부에 관하여 부적법하게 된 경우에 기존등기의 전부를 말소시키기 위한 등기  
예) 피담보채권의 변제로 저당권이 소멸한 경우 저당권말소등기
- 5) 회복등기 : 등기가 부당하게 소멸된 경우에 다시 소멸되기 이전의 상태로 회복시키는 등기
  - a. 말소회복등기 : 등기사항의 전부 또는 일부의 부당한 말소를 회복하는 등기
  - b. 멸실회복등기 : 등기부의 전부 또는 일부가 멸실된 경우 그 멸실전의 순위로 부활하기 위하여 회복하는 등기
- 6) 멸실등기 : 1개의 부동산이 전부 멸실한 경우에 행하여지는 등기

### 다. 등기의 효력에 따른 분류

- 1) 종국등기(본등기) : 물권변동의 효력을 완전히 발생케 하는 등기  
記入등기, 경정등기, 변경등기, 말소등기  
회복등기 - 말소회복등기, 멸실회복등기  
멸실등기
- 2) 예비등기 : 권리변동의 효력을 갖지 않는 등기
  - a. 가등기 : 청구권이 있는 경우 그 청구권의 순위보전을 위하여 하는 등기
  - b. 예고등기 : 등기원인의 무효 또는 취소로 인하여 기존의 등기의 말소 또는

회복의 소가 제기된 경우 이를 제3자에게 경고하기 위해 법원의 촉탁으로  
행하여지는 등기 ---> 법령개정으로 폐지됨

라. 등기의 기능에 따른 분류

1) 사실의 등기 : 표제부의 등기 즉 부동산의 표시에 관한 등기

가) 표시란 --토지 또는 건물의 표시와 그 변경에 관한 사항

a. 토지 : 소재지, 지목, 평수

b. 건물 : 소재지, 종류(주택, 점포), 구조(단층, 2층, 목조, 철근 콘크리트 등)

나) 표시번호란 -- 등기 순서

다) 집합건물-- 1동의 건물 표제부와 각 구분건물(전유부분)의 표제부로 구성

2) 권리의 등기

가)갑구의 등기 : 소유권에 관한 권리관계의 등기

예)소유권보존, 소유권이전등기, 소유권이전등기청구권가등기,

가압류, 가처분 등 처분제한 사항

나) 을구의 등기 : 소유권 이외의 권리관계의 등기

예) 지상권, 전세권, 저당권, 임차권

마. 등기의 방법 또는 형식에 따른 분류

1) 주등기(독립등기) : 등기부의 갑구란 및 을구란의 순위번호란에 독립된 번호를

부여하는 등기 즉 소유권보존등기, 이전등기, 제한물권 설정등기 등

2) 부기등기 : 이미 성립된 주된 등기에 附記하여 그 일부를 변경하려는 등기

즉 제한물권의 이전등기, 환매권 등기 등

예) 지상권에 저당권을 설정하는 경우

### 3. 등기의 대상(등기하여야 할 사항 : 절차법상 등기사항)

등기의 대상은 물권의 객체(사권의 목적이)가 될 수 있는 부동산에 대한

소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 저당권, 권리질권, 임차권 등이다(부동법 제1, 2조).

가. 등기를 요하는 물건

1) 토지

a. 1筆의 토지(토지의 일부는 등기할 수 없음)

b. 모든 토지가 등기의 대상이 되는 것은 아님(하천, 公道 등).

2) 건물

a. 1棟의 건물(구분건물의 등기는 일반건물에 대하여 특별함)

b. 모든 건축물이 등기대상이 되는 것은 아님(교량, 터널 등).

나. 등기를 요하는 권리

1) 부동산물권 : 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 저당권(부동법 2조)

2) 물권 이외의 권리 : 권리질권(제348조), 부동산임차권, 부동산환매권 등

다. 등기를 할 수 없는 권리 : 점유권, 유치권, 특수지역권(제302조) 등

라. 등기되어야 할 권리변동

- 1) 보존 : 미등기부동산의 소유권보존등기, 최초의 등기
- 2) 설정 : 소유권을 제외한 새로운 권리의 창설
- 3) 이전 : 권리주체의 변경의 경우에 행하여 짐.
- 4) 변경
  - 가) 실체법상의 변경 : 권리내용의 변경
  - 나) 절차법상의 변경 : 부동산표시의 변경, 등기명의인표시의 변경
- 5) 처분의 제한 : 공유물의 분할금지과 압류, 가압류, 가처분에 의한 처분행위의 금지
- 6) 소멸 -- 부동산의 멸실과 포기, 합의를, 혼동 등에 의한 권리의 소멸 등

#### 4. 등기신청절차

등기는 부동산등기법에 따라 유효하게 행해져야 하며 이를 위해 요건이 필요.

가. 신청주의

- 1) 권리에 관한 등기는 본래 私法上의 권리를 보호하기 위한 제도이므로 등기여부는 당사자의 자유의사에 일임하는 것이 타당함 ---실체관계와 부합.
- 2) 등기신청절차의 개시 -- 당사자의 신청 또는 관공서의 촉탁(부등법 27조)
- 3) 예외(법률의 규정) : 등기공무원의 직권 및 법원의 명령에 의한 경우

나. 서면주의

- 1) 등기가 표시에 관한 등기이든 권리에 관한 등기이든 법률에 정한 기재사항을 기입한 신청서를 제출해야 함(부등법 40조)
- 2) 口頭주의에 의해 생기는 오류를 방지하고 심사편의와 사무처리의 신속화
- 3) 등기신청에 필요한 서면(부등법 40조)
  - 가) 신청서
  - 나)첨부서면
    - a) 등기원인을 증명하는 서면(매매계약서, 증여계약서 등)  
예) 제한물권 설정시: 제한물권설정계약서
    - b) 등기의무자의 권리에 관한 등기필증, 인감증명서
      - 登記畢證 : 등기를 완료하면 등기관이 등기원인을 증명하는 서면이나 신청서 부분에 등기필 등의 내용을 기재하고 등기소인을 찍어 등기관자에게 교부함.
      - 등기필증을 분실시 재교부하지 않으며 공증인의 공증 등을 받아 갈음함
    - c) 등기원인에 대하여 제3자의 허가, 동의, 승낙을 요할 때 이를 증명하는 서면
    - d) 대리인에 의하여 등기를 신청하는 때는 그 권한을 증명하는 서면
    - e) 신청인의 주소를 증명하는 서면

다. 당사자출석주의

- 1) 등기신청 당사자 또는 그 대리인이 등기소에 출석하여 등기 신청(부등법 28조)
- 2) 당사자가 출석하여 그 진정성을 담보함
- 3) 등기공무원의 심사권 --- 형식적 심사주의  
예외 : 실질적 심사 - 1棟의 건물을 구분한 건물에 관한 등기신청이 있는 때

라. 공동신청주의 -- 등기신청인

- 1) 등기권리자와 등기의무자의 공동신청주의(부등법 제28조)
  - 가) 형식적 심사권만 인정되는 법제하에서 등기의 진정성을 제도적으로 보장하기 위함.
  - 나) 등기권리자 -- 신청한 등기가 이루어지면 권리를 취득하여 등기명의인이 되는 등기부상 직접 이익을 얻는 자
  - 다) 등기의무자 -- 등기가 이루어지면 권리를 상실하는 등 등기부상 불이익을 받는 자

2) 공동신청주의의 예외 : 단독신청

- 가) 공동신청에 의하지 않아도 등기의 진정성을 보장할 수 있는 경우  
상속, 판결에 의한 등기(부등법 29조), 멸실회복등기(부등법 79조)  
토지수용에 따른 소유권이전등기(부등법 115조)
- 나) 등기의 성질상 등기의무자가 없는 경우  
미등기부동산소유권의 보존등기(부등법 130, 131조), 건물의 부합 기타 변경등기(부등법 90, 101조), 부동산표시의 변경등기(부등법 56조)

다) 등기의 목적특수성 등으로 공동신청을 강요하는 것이 타당하지 않은 경우

예) 가등기의무자의 승낙서를 첨부한 가등기(부등법 37조), 가등기가처분명령의 정본을 첨부한 가등기(부등법 37조), 가등기명의인의 승낙서나 대항력있는 재판의 등본을 첨부한 가등기의 말소등기(부등법 169조), 등기된 권리가 어떤 자의 사망으로 소멸하는 때의 말소등기(부등법 166조), 등기의무자의 행방불명의 경우의 말소등기(부등법 제167조)

5. 등기의 유효요건

가. 의의

1) 등기란 토지 또는 건물에 관한 일정한 권리관계를 등기공무원이 법정절차에 따라서 등기부라고 불리는 공적 장부에 부동산에 관한 일정한 권리관계를 기재하는 것 또는 등기부의 기재 자체를 말함

2) 유효한 등기가 되기 위해서는 일정한 요건이 구비되어야 함

- 가) 형식적 유효요건 ; 부동산등기법이 정하는 절차적 요건을 어느 정도 충족필요 여부
- 나) 실질적 유효요건 : 등기가 실제적인 권리관계와 어느 정도 부합하는 가 여부

나. 형식적 요건(절차적 요건)

- 1) 등기사항에 대한 기재가 존재할 것 --부존재시 물권변동의 효과 미발생
  - 가) 등기의 멸실 --

- 등기의 멸실 사유만으로는 물권이 소멸되지 않음 예) 홍수나 화재로 소실
- 전부나 일부 멸실시 소정의 기간내에(3개월이상) 멸실회복등기를 하면 순위 보유(부등법 24조)

나) 등기의 불법 말소

- 어떤 물권이(소유권, 저당권)의 등기가 이해관계인이나 제3자의 불법행위 또는 등기 공무원의 과오로 말소된 경우에 그 물권이 소멸하는 가

- a)판례 : 실체관계에 부합하지 않으므로 무효,  
말소된 등기의 회복등기가 행해지면 종전 등기와 동일한 순위 회복
- b)학설 : 다수설 : 판례의 입장  
소수설 : 등기가 말소되면 불법으로 말소되었더라도 물권 소멸

2) 신청절차의 하자

- 가) 경료된 등기가 관할위반이 아닐 것(부등법 55조 1호) --중대한 하자로 무효
- 나) 등기가 등기할 것이 아닌 경우(부등법 55조 2호)--중대한 하자로 무효  
예) 표제부의 하자 --반드시 실체관계와 부합해야 함
- 다) 등기신청 절차에 대한 하자(법 55조 3호~14호) --- 경미한 하자는 유효
- 라) 위조서류에 의한 등기

【판례】 [대법원 1982.12.14. 선고 80다459 판결] 소유자의 대리인으로부터 토지를 적법하게 매수한 이상 설사 매수인의 소유권이전등기가 위조된 서류에 의하여 경료되었다 하더라도 그 등기는 유효한 것이다.

3) 이중등기의 효력

- 가) 소유권이전등기를 하여야 할 매수인이 이전등기 대신에 보존등기를 신청하고 등기공무원이 업무 미숙으로 이를 수리하여 기존의 등기와 저촉되는 경우의 등기를 이중등기라 함
- 나) 1등기용지 1부동산의 원칙에 반함

다) 판례

- a. 선등기와 후등기의 소유권보존등기 명의인이 동일인인 경우  
--> 실체관계부합여부와 관계없이 선보존등기 유효하고 후보존등기를 무효화
- b. 선등기와 후등기의 소유권보존등기 명의인이 동일인이 아닌 경우  
ㄱ)최초 판례 --절차법설의 입장  
이중등기의 유형여부를 불문하고 후에 경료한 보존등기와 이를 기초로 한 다른 등기는 무조건 무효 (대판 1975.10.7, 75다1602)  
ㄴ) 1978년 대법원 전원합의체 --실체법설 입장  
진실한 소유권에 기하여 이루어진 것인가를 확정해야 함(대판 1978.12.26, 77다 2427)  
ㄷ) 1990년 대법원 전원합의체 --절충적 절차법 입장  
기본적으로 절차법적 입장을 취하고

예외적으로 선등기가 무권리자에 의한 원인무효의 등기이고  
후등기가 실제적 요건을 구비한 경우에 한하여 후등기의 유효성을 인정

[판례] 대법원 1990.11.27. 선고 87다카2961,87다453

【판시사항】 매수인이 소유권이전등기 대신에 소유권보존등기를 경료함으로써 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 이루어졌으나 선등기가 원인무효가 되지 아니하는 경우의 후등기의 효력유무(소극) 및 이 경우 매수인이 매도인의 상속인에 대하여 소유권이전등기를 청구할 이익유무(적극)

【판결요지】 동일부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 되지 아니하는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 비록 그 부동산의 매수인에 의하여 이루어진 경우에도 1부동산1용지주의를 채택하고 있는 부동산등기법 아래에서는 무효라고 해석함이 상당하다 할 것인바, 원고가 소외 망인으로부터 그 소유인 토지를 매수하고 이미 망인 명의로 소유권이전등기가 경료되어 있던 위 토지에 관하여 원고 명의의 소유권보존등기를 경료한 경우 망인 명의의 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 아무런 주장·입증이 없다면 원고가 위 망인으로부터 위 토지를 매수하였다고 하더라도 위 망인 명의의 소유권이전등기에 기하여 소유권이전등기를 경료하지 아니하고 소유권보존등기를 경료한 이상 뒤에 경료된 원고 명의의 소유권보존등기는 이중등기로서 무효라고 할 것이므로 원고는 위 망인의 상속인인 피고들을 상대로 위 부동산에 관하여 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 이익이 있다.

라) 학설

a) 절충적 절차법설(곽 162)

b) 실제법설(이영준 116)

ㄱ) 1등기용지 1부동산의 원칙은 절차상의 하자로 1부동산에 대하여 2개의 등기용지에 등기가 실행된 경우에 반드시 후등기를 무효로 한다는 원칙을 의미하는 것이 아니며

ㄴ) 실제관계에 부합하면 유효함

(1) 선등기와 후등기의 소유권보존등기 명의인이 동일인인 경우 후등기 무효

(2) 선등기와 후등기의 소유권보존등기 명의인이 동일인이 아닌 경우 표시란이 실제관계에 부합하는 등기가 유효함.

(3) 사항란의 실제관계를 따져서 등기의 유, 무효를 정함

다. 등기의 실질적 요건

등기가 유효하기 위해서는 등기의 기재에 부합한 권리관계가 존재해야 함.

- 물권행위와 등기의 부합

1) 현재의 실제적 권리상태와 등기가 부합하지 않는 경우

토지의 면적이나 도면이 정확하지 않음

등기공무원에게 실질적 심사권이 없어 실제관계를 등기하기 매우 곤란

따라서 약간의 불일치를 모두 무효로 한다면 오히려 거래 안전을 해침

가) 무효등기-- 처음에 유효했던 등기가 그 후의 실체적 권리관계의 결여로 무효가 된 후에 다시 최초의 등기에 상응하는 별개의 유사한 실체관계가 발생한 경우에 최초의 등기는 유효한가

예1) 피담보채권의 변제로 저당권이 소멸하였으나 저당권소멸등기를 하지 않고 그 후 다시 동일한 내용의 저당권을 설정하여 최초의 등기를 유용 가능 여부

예2) 멸실된 건물의 등기를 멸실후 신축한 건물에 유용여부

[판례고101] 대법원 1989.10.27. 선고 87다카425 (무효등기의 유용)

【판시사항】 가. 무효등기의 유용이 허용되는 경우 원인소멸된 가등기에 관하여 등기유용의 합의가 이루어져서 소유권이전의 본등기가 경료된 경우 그 등기유용전에 소유권이전등기를 한 이해관계인과의 권리관계

나. 원인소멸된 가등기에 관하여 등기유용의 합의가 이루어져서 소유권이전의 본등기가 경료된 경우 그 등기유용 전에 소유권이전등기를 한 이해관계인과의 권리관계

【판결요지】 가. 실질관계의 소멸로 무효로된 등기의 유용은 그 등기를 유용하기로 하는 합의가 이루어지기전에 등기상 이해관계가 있는 제3자가 생기지 않은 경우에 한하여 허용된다.

나. 가등기의 등기원인이 실효된 이후에 전소유자와의 무효등기의 유용에 관한 합의에 따라 가등기 명의인인던 갑 명의로 마쳐진 소유권이전의 본등기는 그 등기유용의 합의가 이루어지기 전에 이미 소유권이전등기를 한 등기상의 이해관계인인 을에 대한 관계에서는 실질관계를 결한 무효의 등기로 평가되므로, 위 갑 명의 소유권이전등기나 이 등기를 기초로 하여 마쳐진 병명의로의 소유권이전등기가 원인무효의 등기로 말소될 때에는, 직권말소된 을 명의 소유권이전등기에 관하여 등기공무원이 직권으로 그 말소등기의 회복등기를 하여야 하는 것으로서 그 말소회복등기가 되기 전이라도 을은 등기명의인으로서의 권리를 그대로 보유하고 있기 때문에 소유자로 추정된다.

2) 권리변동의 태양, 과정과 등기가 부합하지 않는 경우

가) 의의

부동산 등기는 물건변동의 전과정(A-->B-->C-->D로 소유권이 이전되는 과정)과 정확한 모습(매매에 의한 소유권이전인가, 증여에 의한 소유권이전인가 등)을 완전히 공시

--> 등록세율의 고율, 등기절차의 복잡성, 등기공무원의 형식적 심사권으로 물건변동의 과정을 생략한다든가 물건변동의 태양이 잘못 기재되는 경우 발생

나) 등기제도의 이상을 강조하여 이를 모두 무효로 한다면 오히려 거래 안전을 해침

--> 일단 등기가 경료되면 그 등기가 현재의 권리상태와 부합하는 한 유효함.

(대판1996.2.27, 95다 42980)

다) **중간생략등기**

## [중간생략등기]

<1> 의의

가. 중간생략등기란 부동산물권이 최초의 양도인으로부터 중간취득자, 중간취득자로부터 최종취득자에게 이전되어야 할 경우 그 중간취득자에의 중간등기를 생략해서 최초의 양도인



과 최종취득자애의 사이에 직접 행하여지는 등기를 말한다.

나. 활발히 이용되는 이유는 등록세 기타 조세부담의 경감, 절차비용의 절약, 부동산투기에 악용됨

## <2> 경료된 중간생략등기

### 가. 판례

등기는 권리의 현재상태를 공시하는 것이 목적이므로 중간생략등기라 하더라도 현재의 권리상태는 공시되므로 이를 무효로 할 것은 아님. 다만 유효로 하기 위하여는 매매당사자 간 전원의 합의나 동의를 있어야 한다고 하여 조건부 유효설의 입장.

[판례고106] 대법원 1993.1.26. 선고 92다39112 판결

【판결요지】 가. 주택건설촉진법상 국민주택에 관하여는 분양한 때로부터 일정한 기간동안 전매행위가 금지되어 있기는 하나 이는 매수인이 국민주택사업주체인 분양자에게 전매사실로써 대항할 수 없다는 것이지 전매당사자 사이의 전매계약의 사법상 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니다.

나. 부동산등기특별조치법상 조세포탈과 부동산투기 등을 방지하기 위하여 위 법률 제2조 제2항 및 제8조 제1호에서 등기하지 아니하고 제3자에게 전매하는 행위를 일정 목적범위 내에서 형사처벌하도록 되어 있으나 이로써 순차매도한 당사자 사이의 중간생략등기합의에 관한 사법상 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니다.

### 나. 학설

#### 1) 무효설(소수설)

가) 물권변동의 과정뿐만 아니라 현재의 권리상태도 공시되지 못하므로 무효

중간취득자는 물권을 취득한 적이 없고 매도인과 최종취득자간에는 물권을 이전하는 원인행위인 물권행위가 없다.

나) 부동산물권변동의 등기는 효력발생요건이므로 중간생략등기는 최초부터 물권변동의 효력이 발생하지 않고, 또한 탈법적 목적으로 행하여 짐으로서 효력을 否定

#### 2) 조건부 유효설(다수설) - 중간취득자의 동의를 요함

가) A, B, C간에 전원의 합의가 있거나, 중간취득자의 동의를 있는 경우에만 유효

나) 동의와 합의는 순차적, 묵시적으로 가능

a. 순차적 합의 : 매매당사자 전원이 한 곳에서 합의를 보지 않고 순차로 중간등기 생략의 합의를 한 경우에도 전체적 합의로 인정(판례)

b. 묵시적 합의 : 예컨대 매도인이 소유권이전등기 소요서류에 매수인란을 백지로 교부시 중간생략등기의 합의가 있다고 봄(판례).

다) 합의가 없더라도 적법한 등기원인에 의해 행하여진 때에는 말소불가(유효).

#### 3) 무조건 유효설 - 중간취득자의 동의를 요하지 않음

가) 독일민법 제185조 제1항 유추적용설

중간취득자의 처분도 양도인과의 물권적 합의와 처분에 대한 동의를 의미이므로 유효

나) 물권적 기대권설 -- 중간취득자의 물권적 기대권(매도인과 중간자의 물권행위로 중

간자가 물권적 기대권을 취득)을 인정함으로써 그 물권적 기대권이 양도된 것이므로 그에 기하여 매도인과 최종취득자간에 행해진 등기는 유효. 즉 물권적 기대권에서 최종취득자는 매도인에게 소유권이전등기를 청구 가능.

<3> 부동산등기특별조치법이 제정되어 등기의무제, 검인계약서의 사용 등이 마련됨.

## 6. 등기의 효력

### A. 의의

부동산물권의 공시방법으로서 등기공무원이 일정한 절차를 밟아 부동산에 관한 권리관계를 공적 장부인 등기부에 기재하는 것 또는 기재 자체를 말한다. 등기가 유효한 등기가 되기 위해서는 일정한 요건을 구비 필요

### B. 본등기의 효력

1. 일반적 효력--등기의 유, 무효를 불문하고 등기가 존재한다는 사실만으로 효력이 생기는 것.

#### 가. 推定的 效力

- 1)의의 : 명문규정은 없으나 학설, 판례가 인정한 것으로, 등기에 의하여 공시된대로 권리관계가 존재하는 것으로 추정되는 효력을 말하며, 등기가 국가기관에 의하여 엄격히 관리되는 데에서 기인한다.

#### 2) 추정의 내용

- 가. 권리의 적법(권리의 현존 및 귀속) 추정 : 등기명의인은 적법한 권리자로서 실질적 권리관계가 있는 것으로 추정된다.
- 나. 권리변동의 성립 추정 : 등기내용대로 물권변동이 있는 것으로 추정된다.
- 다. 등기절차의 적법성 추정 : 등기는 등기공무원이 법률의 규정에 따라 하는 만큼 등기가 있는 때에는 일응 적법한 절차에 따라 경료된 것으로 추정된다.
- 라. 적법한 등기원인의 추정(판례)

#### 3) 추정의 부수적 효과

- 가. 등기의 신뢰 : 무과실 추정
  - 나. 등기내용의 미조사 : 과실 추정
  - 다. 등기내용 : 악의추정 --> 등기내용의 신뢰 : 선의추정
- 나. 등기절차상의 형식적 확정력 --- 등기의 유, 무효를 막론하고 일단 적법한 절차에 따라 경료된 등기는 형식적 확정력을 갖는다.
- 다. 공신력은 없음.

#### 2. 권리변동(이전, 창설)적 효력 -- 물권변동을 일으키는 효력

- 가. 효력발생 시기 : 실제로 등기부에 등기기재시

#### 나. 소급효의 유무

1) 등기의 소급효 없음 : 등기는 현재 권리상태의 공시이고 등기시부터 물권변동의 효력이 생긴다.

2) 재단법인의 설립이나 유증, 취득시효의 경우에는 소급효가 있는 것같이 보임  
--> 이는 등기되기 전의 비용상환이나 과실반환 등에 관해 마치 등기되기 전에 소유권을 취득하였던 것처럼 다루어 문제삼지 않을 뿐임.

3. 순위확정적 효력(부등법 5, 6조)--- 동일한 부동산에 설정된 수개의 권리의 순위관계는 법률에 특별한 규정이 없는 한 등기순위에 의함.

가. 동일구에서의 등기 : 순위번호에 의함.

나. 별구에서의 등기 : 접수번호에 의함.

다. 부기등기의 순위는 주등기의 순위에 의함.

4. 점유적 효력(245조 2항) -- 등기부취득시효는 10년간 자주점유한 경우 소유권을 취득한다.

이 규정은 등기에 동산의 취득시효에서의 점유와 같은 점유적 효력을 인정한다.

5. 대항적 효력 -- 당사자간에 채권적 효력에 불과한 사항도 등기하면 제3자에 대하여 그 권리를 주장할 수 있는 대항력을 갖는다(예 : 존속기간, 지료, 차임 등).

#### C. 가등기

1. 의의 -- 가등기란 본등기를 하는데 필요한 실체법적, 절차법적 요건을 갖추지 못한 경우에 장래에 있을 본등기의 순위를 보전하기 위하여 행하는 예비등기

가. 가등기가 행하여지는 이유 -- 권리보전을 위하여 행하여지며 등기절차의 간편화와 비용의 절감을 위하여 인정

나. 가등기를 할 수 있는 경우

1) 청구권보전의 가등기

가) 가등기는 소유권, 지상권, 지역권, 저당권, 권리질권 또는 임차권의 설정, 이전, 변경 또는 소멸의 청구권을 보전하려 할 때 할 수 있다.

나) 청구권이 시기부 또는 정지조건부인 때.

다) 장래에 확정될 청구권인 때.

라) 환매권의 이전청구권

2) 담보가등기 --- 채무담보의 목적으로 경료된 가등기로서 가등기담보 등에 관한 법률에 의한 등기사항(가담법 2조 3항).

다. 가등기를 할 수 없는 경우

1) 소유권보존등기의 가등기

- 2) 처분제한등기의 가등기
  - 3) 가등기의 가등기(판례)
  - 4) 말소등기의 채권적 청구권에 기하지 않은 경우의 가등기  
권리소멸이 채권적 청구권에 기한 경우에는 말소등기의 가등기가 가능하다고 해석되나,
- 등기원인의 무효, 취소, 해제 등의 경우 또는 지상권, 전세권의 소멸 청구, 전세권의 소멸통고 등의 경우에는 말소등기의 가등기 불가

## 2. 가등기의 절차

### 가. 가등기의 등기신청절차

- 1) 신청인 -- 가등기권리자와 가등기의무자가 공동신청  
단독신청(부등법 제37, 38조)의 경우 --> 가등기의무자의 승낙서,  
가등기가처분명령의 정본을 첨부한 때
- 2) 신청서의 첨부서면 -- 등기신청서, 가등기원인을 증명하는 서면(가등기가처분명령의 정본을 첨부하는 불요), 가등기의무자의 승낙서와 인감증명서(단독신청시)

### 나. 가등기의 실행방법

- 1) 등기용지의 해당구사항란에 기재하며 그 아래에 본등기를 할 수 있는 정도의 여백을 두어야 한다(부등법 제61조).
  - a) 사항란에만 횡선으로 구분하고 그 아래에 본등기를 할 수 있는 상당한 여백을 존치하고 순위번호란 및 사항란에 횡선을 긋는(본등기의 순위가 가등기의 순위에 의하기 때문에 본등기를 할 때 별도로 순위번호를 기재하지 않기 때문).
  - b) 여백은 본등기를 하는 경우에 이용
- 2) 본등기가 독립등기면 가등기도 독립등기로,  
본등기가 부기등기면 가등기도 부기등기로 됨

### 다. 가등기에 기한 본등기

- 1) 신청인 : 공동신청
  - a) 가등기를 할 당시의 가등기의무자를 등기의무자로 하고 가등기의 등기명의인인 가등기권리자를 등기권리자로 하여 공동신청(가등기의무자는 제3자에게 소유권 등의 이전의 등기가 된 후에도 본등기를 이행하여 줄 의무가 있다고 해석).
  - b) 단독신청의 경우 --> 등기의무자가 본등기의 공동신청에 협력하지 아니한 때 판결로 代用하여 단독신청
- 2) 신청서의 기재사항
  - 가. ‘가등기에 기한 본등기’라는 취지를 기재하여야 함.
  - 나. 등기원인일자는 가등기가 본계약에 의하여 경료된 경우에는 가등기의 원인일자가 본등기의 원인일자가 된다.
- 3) 신청서의 첨부서면-- 일반통칙에 의한다. 다만 가등기의 등기필증은 첨부 불필요.
- 4) 등기의 실행방법 -- 가등기시 존치하여 둔 여백에 기재하며 순위번호는 기재않함.

### 5) 본등기후의 조치

가) 가등기후 본등기전에 경료된 등기로써 본등기와 저촉되는 등기(예컨대 제3취득자의

등기 등)는 가등기의 순위보전의 효력에 의하여 그 효력을 부인당하며, 등기공무원은 부동산법 제55조 2항의 '사건이 등기할 것이 아닌 때'에 해당되어 직권 말소(부동산법 175조 1항).

나) 가처분등기와 예고등기는 분쟁의 결과에 따라 처리되며 직권말소되지 않음.

다) 본등기 후에도 가등기의 부분은 그대로 둠.

### 라. 가등기의 말소

#### 1) 신청인 -- 가등기명의인의 단독신청

가등기권리자와 가등기의무자의 공동신청이 원칙이나 그 등기의 성질상 가등기명의인의 단독신청이 인정된다(부동산법 169조 1항). 가등기 등기필증은 첨부불요나 실무상 첨부

가) 예외적으로 등기상 이해관계인이 신청 -- 신청서에 가등기명의인의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부한 때에는 등기상 이해관계인도 가등기의 말소를 신청 가능.

#### 나) 말소신청당사자(실무상)

가등기후 제3취득자가 생긴 경우에 그 가등기를 공동으로 말소하는 때에는

가등기의무자 또는 제3취득자 중 어느 쪽을 말소등기권리자로 하여도 상관없다.

#### 2) 가등기명의인의 표시변경등기 등 생략

가등기의 말소신청시 가등기명의인의 표시에 변경, 경정의 사유가 있거나 또는 가등기명의인이 사망하여 상속개시 경우라도 그 변경, 경정을 증명하는 서면 또는 상속을 증명하는 서면을 첨부한 때에는 가등기명의인의 표시변경, 경정의 등기 또는 상속등기를 생략가능

#### 3) 가등기명의인의 인감증명서 제출

### 3. 가등기의 효력

#### 가. 가등기의 의의(부동산법 제3조)

1) 가등기란 본등기에 대비하여 종국등기를 할만한 실체법적 또는 절차법적 요건을 구비하지 못한 경우에 장래에 행하여질 본등기를 위하여 순위보전의 효력을 가진 등기를 말함

2) 예비등기의 일종으로 등기절차의 간편화와 비용절감을 위하여 인정된다.

#### 나. 가등기의 모습

1) 보전가등기 : 단순한 청구권 보전을 위한 가등기

2) 담보가등기 : 담보목적으로 행하여진 가등기

3) 공통점 : 경고적 효력

#### 다. 본등기후의 효력

1) 가등기의 효력 : 순위보전의 효력(가등기의 본래적 효력)

저촉하는 것은 효력상실, 병존하는 것은 후순위가 된다.

2) 가등기에 기한 본등기의 효력

가) 등기순위의 소급 : 가등기후 본등기가 행하여지면 본등기 순위가 가등기시 기준.

나) 권리변동적 효력의 소급여부 :가등기시에 소급하는 것이 아니고 본등기시 발생(판례).

라. 본등기전의 효력

1) 등기의 일반적 효력 - 본등기 예정의 공시적 효력

따라서 가등기가 불법하게 말소된 경우 가등기명의인의 말소회복청구권을 인정.

2) 사실적 효력으로서의 경고적 효력

3) 실체법적 효력으로서의 청구권보전의 효력 (학설은 대립)

가등기권리자가 가등기의무자에게 본등기를 위한 협력을 청구할 수 있는 것과

가등기후 본등기전에 그 목적물에 관한 처분은 가등기된 청구권을 침해하는 한도에서 무효로 되므로 가등기도 청구권보전의 효력이 있다고 본다.

4. 가등기의 가등기

가. 가등기된 권리의 양도 등 이전에 대해서 상속 이외는 소극적으로 해석하는 것이 실무상 관례였으나 최근에는 그 태도를 바꾸어 가등기상의 권리양도의 등기를 인정.

나. 그러나 가등기로 보전된 권리를 기초로 그 위에 타물권 설정은 불가하다는 것이 판례의 입장.

[판례-고12] 이른바 가등기의 가등기, 대판(전) 1998.11.19, 98다24105 【소유권이전등기】

【판시사항】 가등기에 의하여 순위 보전의 대상이 되어 있는 물권변동청구권이 양도된 경우, 그 가등기상의 권리의 이전등기를 가등기에 대한 부기등기의 형식으로 경로할 수 있는지 여부(적극)

【판결요지】 가등기는 원래 순위를 확보하는 데에 그 목적이 있으나, 순위 보전의 대상이 되는 물권변동의 청구권은 그 성질상 양도될 수 있는 재산권일 뿐만 아니라 가등기로 인하여 그 권리가 공시되어 결과적으로 공시방법까지 마련된 썸이므로, 이를 양도한 경우에는 양도인과 양수인의 공동신청으로 그 가등기상의 권리의 이전등기를 가등기에 대한 부기등기의 형식으로 경로할 수 있다고 보아야 한다.

5. 가등기권리자의 지위

가. 가등기권리자(가등기명의인)가 부등법 제171, 169조 2항의 이해관계인 여부

가등기의무자의 등기가 말소의 대상인 경우에 가등기권리자가 등기말소에 대하여 가등기 말소의 의무자로서 이해관계인으로 해석한다.

나. 민사집행법 제90조(구민소법 607조)의 이해관계인인가?

1) 판례 : 부정

2) 학설 : 소유권의 이전에 관한 가등기권리자는 경매 등 절차의 이해관계인으로 봄.

가등기권리자는 불법한 경매로 부당한 손실을 입을 염려가 있으므로 방어기회를 요하므로 인정하는 것이 타당.

## 6. 담보가등기

가. 담보가등기는 채무담보를 목적으로 이루어진 가등기로서  
청구권보전을 목적으로 하는 본래적인 가등기와 구별됨.

나. 등기신청서 -- 대물반환의 예약을 원인으로 하는 담보가등기를 신청하는 경우에  
등기신청서에의 등기목적은 '본등기될 권리의 이전담보등기'라고 기재.

다. 신청서의 첨부서면

- 1) 등기원인을 증명하는 서면 : 대물반환예약서
- 2) 등기권리자가 개인일 때 : 주민등록증 사본

라. 본등기의 신청절차

1) 기재사항 -- 본등기할 담보등기의 표시, 청산금평가통지서가 채무자 등에게 도착한  
날

2) 첨부서면 -- 청산금평가통지서 또는 청산금이 없다는 뜻의 통지서의 도달증명서면,  
대물반환계약증서, 청산기간(2월 : 가담법 3조)이 경과한 후 청산금을 채무자에게 지급(供  
託)하였음을 증명하는 서면(청산금이 없는 경우 제외)

3) 본등기 실행의 제한 --- 신청서 기재사항과 첨부서면이 없거나 청산금평가통지서가  
채무자에 도달한 날로부터 2월 이내 한 본등기신청은 각하.

4) 본등기후는 일반등기와 동일.

마. 담보가등기의 효력

- 1) 피담보채권의 우선변제적 효력
- 2) 담보권의 경매실행에 의한 저당권설정의 효과
- 3) 가등기지만 마치 본등기와 같은 일정한 실체적 효력을 가진다.

## 7. 등기청구권

가. 의의 및 개념

1) 의의

가) 등기는 등기권리자나 등기의무자의 共同申請주의에 의하여 행하여지는 것을 원칙으로  
함(부등법27조) -- 등기의무자가 등기신청에 협조하지 않으면 등기 불가.

나) 등기청구권은 등기권리자가 등기의무자에 대하여 등기신청에 협력하여 줄 것을 청구  
하는 실체법상의 권리이다.

- a) 실체법상 등기권리자 : 등기신청에 협력하도록 청구할 수 있는 권리가 있는 자  
    등기의무자 : 등기신청에 협력해야 할 의무가 있는 자

- b) 절차법상 등기권리자 : 등기의 실행 결과 직접 또는 형식적으로도 종전의 등기면보다 유리한 지위로 등기부상에 표현되는 자(등기부상 직접 이익을 얻는 자)  
 등기의무자 : 종전의 등기면보다 불리한 지위로 등기부상에 표현되는 자
- 다) 등기의무자가 등기권리자에 청구하는 경우는 등기인수청구권이라고 한다.  
 예) 1가구2주택(세금과 공과금의 회피), 공작물 소유자 책임 회피(758조 단서)

[판례-지45] 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다60708 판결 【소유권이전등기절차이행】

【판시사항】 부동산등기법 제29조에 따라 등기의무자가 등기권리자를 상대로 등기를 인수받아 갈 것을 구할 수 있는지 여부(적극)

【판결요지】 부동산등기법은 등기는 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 함을 원칙으로 하면서도(제28조), 제29조에서 '판결에 의한 등기는 승소한 등기권리자 또는 등기의무자만으로' 신청할 수 있도록 규정하고 있는바, 위 법조에서 승소한 등기권리자 외에 등기의무자도 단독으로 등기를 신청할 수 있게 한 것은, 통상의 채권채무 관계에서는 채권자가 수령을 지체하는 경우 채무자는 공탁 등에 의한 방법으로 채무부담에서 벗어날 수 있으나 등기에 관한 채권채무 관계에 있어서는 이러한 방법을 사용할 수 없으므로, 등기의무자가 자기 명의로 있어서는 안 될 등기가 자기 명의로 있음으로 인하여 사회생활상 또는 법상 불이익을 입을 우려가 있는 경우에는 소의 방법으로 등기권리자를 상대로 등기를 인수받아 갈 것을 구하고 그 판결을 받아 등기를 강제로 실현할 수 있도록 한 것이다.(출처 :[공2001.4.1.(127),631])

## 2) 구별

- 가) 등기청구권 : 私人和 다른 사인간의 등기신청에 협력을 요구하는 私權
- 나) 등기신청권 : 등기공무원이라는 국가기관에 대하여 등기를 신청할 수 있는 공법상의 권리(公權)

## 나. 발생원인과 법적 성질

- 1) 민법은 등기청구권에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 학설과 판례로 해결  
 다만, 621조 임차인의 등기청구권, 592조 환매등기청구권은 규정 있음.

## 2) 법적 성질의 분류

a) 다원설 : 법률행위에 의한 물권 변동의 경우, 실체관계와 등기의 불일치의 경우, 취득시효의 경우, 기타의 경우

b) 등기분류에 따른 이원설:

(1)창설적 등기: 법률행위에 의한 물권 변동의 경우, 취득시효의 경우, 소멸시효의 경우

(2)訂正的 등기 : 법률규정에 의한 물권 변동의 경우, 경정등기의 경우, 말소등기의 경우, 회복등기의 경우

c) 등기청구권의 성질에 따른 이원설 :

(1)법률행위에 의한 물권 변동의 경우 --채권적 청구권

(2)법률규정에 의한 물권 변동의 경우 --- 물권적 청구권



### 3) 다원설에 따른 등기청구권의 검토

#### A) 법률행위에 의한 물권변동의 경우

##### 가) 학설

a) 채권행위설 : 등기청구권은 원인행위인 채권행위에 그 근거가 있으며 그 성질은 채권적이라고 하는 학설. --> 어떤 채권행위가 있으면 그 채권행위에서 등기청구권이 당연히 발생하며 그 성질은 채권적 청구권이라고 함

- (1) 물권행위의 독자성을 부인하는 입장에서 채권행위설 (곽 164)
- (2) 물권행위의 독자성을 인정하면서도 채권행위설을 취하는 견해(장 247)

##### b) 물권적 합의설

등기청구권은 물권적 합의로부터 발생한다는 학설

- (1) 물권적 기대권설 : 물권행위의 독자성을 인정하고, 물권적 기대권의 효력으로 등기청구권이 생기며, 그 성질은 물권적이라는 견해(김증 92)

--> 물권적 합의가 있으면 부동산물권의 취득이 가능하게 될 것이라는 기대적, 희망적인 지위를 가지게 되고, 그러한 물권적 기대권이 구체화된 것이 등기청구권임(김용한 141)

- (2) 채권적 청구권설 : 이영준 198

- \* 민법 제186조의 법률행위의 의미를 물권적 의사표시로 이해하고 등기청구권이 이 물권적 합의로부터 나오는 것이지만
- \* 등기 전단계로서의 물권적 합의는 물권행위로까지 완성된 것이 아니므로 여전히 등기청구권은 채권적 청구권일 수밖에 없음.

##### 나) 판례 : 채권행위설

물권행위의 독자성을 부인하고, 채권행위에서 등기청구권이 발생한다.

##### 다) 등기청구권과 소멸시효

- a) 물권적 청구권설을 취하면 등기청구권의 소멸시효의 문제는 안생기고

채권적 청구권을 취하면 채권적 청구권: 10년, 물권적 청구권 : 20년의 소멸시효에 걸림

- b) 채권적 청구권설에 따른 판례의 태도

법률행위로 인한 등기청구권의 성질은 채권적 청구권으로 보면서도 매수인이 매매목적물을 인도받은 경우에는 다른 채권과는 달리 소멸시효에 걸리지 않는다고 함

[판례-고9] 목적물을 인도받아 점유하고 있는 매수인의 등기청구권과 소멸시효

- 대법원 1976.11.6. 선고 76다148 전원합의체 판결 【소유권이전등기】

【판시사항】 부동산을 매수한 자가 그 목적물을 인도받은 경우에 매수인의 등기청구권이 소

멸시효에 걸리는지 여부

【판결요지】 시효제도의 존재이유에 비추어 보아 부동산 매수인이 그 목적물을 인도받아서 이를 사용수익하고 있는 경우에는 그 매수인을 권리 위에 잠자는 것으로 볼 수도 없고 또 매도인 명의로 등기가 남아 있는 상태와 매수인이 인도받아 이를 사용수익하고 있는 상태를 비교하면 매도인 명의로 잔존하고 있는 등기를 보호하기 보다는 매수인의 사용수익 상태를 더욱 보호하여야 할 것이므로 그 매수인의 등기청구권은 다른 채권과는 달리 소멸시효에 걸리지 않는다고 해석함이 타당하다(다수의견).

[판례-고10] 점유를 상실한 부동산매수인의 등기청구권과 소멸시효

- 대법원 1999. 3. 18. 선고 98다32175 전원합의체 판결 【토지소유권이전등기】

【판시사항】 [1] 부동산 매수인이 부동산을 인도받아 스스로 계속 점유하는 경우, 소유권이전등기청구권의 소멸시효 진행 여부(소극)

[2] 부동산 매수인이 부동산을 인도받아 사용·수익하다가 제3자에게 그 부동산을 처분하고 점유를 승계하여 준 경우, 소유권이전등기청구권의 소멸시효 진행 여부(소극)

【판결요지】 [1] 시효제도는 일정 기간 계속된 사회질서를 유지하고 시간의 경과로 인하여 곤란해지는 증거보전으로부터의 구제를 피하며 자기 권리를 행사하지 않고 소위 권리 위에 잠자는 자는 법적 보호에서 이를 제외하기 위하여 규정된 제도라 할 것인바, 부동산에 관하여 인도, 등기 등의 어느 한 쪽만에 대하여서라도 권리를 행사하는 자는 전체적으로 보아 그 부동산에 관하여 권리 위에 잠자는 자라고 할 수 없다 할 것이므로, 매수인이 목적 부동산을 인도받아 계속 점유하는 경우에는 그 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행하지 않는다.

[2] [다수의견] 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 이상 이를 사용·수익하다가 그 부동산에 대한 보다 적극적인 권리 행사의 일환으로 다른 사람에게 그 부동산을 처분하고 그 점유를 승계하여 준 경우에도 그 이전등기청구권의 행사 여부에 관하여 그가 그 부동산을 스스로 계속 사용·수익만 하고 있는 경우와 특별히 다를 바 없으므로 위 두 어느 경우이나 이전등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다고 보아야 한다.

B) 실체관계와 등기가 일치하지 않는 경우

가) 등기는 실체관계와 부합하는 것이 요구된다.

나) 등기가 실체적 권리관계와 부합하지 않을 때에는 이 불일치를 일치시키기 위하여 등기청구권이 인정됨 ---> 실체적 권리와 부합하지 않을 때에는 물권의 완전한 실현이 방해되므로 이를 제거하기 위하여 등기청구권 발생

다) 이 때 등기청구권은 물권의 효력으로서 발생하는 물권적 청구권이다(학설, 판례 일치).

a) 원인행위의 무효, 취소, 해제, 해지의 경우

예) 매매계약이 무효, 취소된 경우 ---> 등기(말소)청구권 발생

b) 법정지상권이 인정되는 경우(366조)

법정지상권의 등기는 등기의무자의 협력이 있어야 가능하므로 등기청구권이 존재하여야 함 --> 법적성질은 법률의 규정에 의하여 취득한 물권으로부터 발생하는 물권적 청구권

임

cf) 법정저당권에는 등기청구권 문제가 생기지 않음 --> 압류가 요건이므로

c) 상속, 공유징수, 판결, 경매 등에 의한 물권변동의 경우(187조)

법률규정에 의한 부동산물권취득은 등기를 요하지 않지만 처분을 위해서 등기해야 함.

--> 등기함으로써 실제적 진실관계와의 불일치 제거 가능

d) 신축건물의 경우

--> 무권리자가 보존등기를 한 경우에 소유권회복을 위한 등기청구권 발생

e) 자기의 권리가 등기부에 등기되지 않았거나 등기내용이 잘못된 경우

--> 부당한 등기의 경정을 청구하는 등기청구권 발생

f) 원인행위가 존재하지 않음에도 불구하고 위조문서 등에 의하여 이전등기가 종료된 경우 ---> 일종의 물권적 청구권

(1) 종전 판례(대판 1981.1.13, 78다1916) “피고 명의의 등기가 원인이 없이 이루어진 것이라면 피고에 대하여 그 등기의 말소를 구하는 것은 몰라도 직접 소유권이전등기절차의 이행을 구할 수 없다”

(2) 변경 판례(대판(전) 1990.11.27, 89다카12398) “이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로는 현재의 명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 외에 ‘진정한 등기 명의의 회복’을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 직접 구하는 것도 허용된다”.

[판례-지46]대법원 1991.3.12. 선고 90다카27570 판결 【가등기말소등기등】

--가등기에 기한 소유권이전등기청구권이 시효로 소멸한 경우의 가등기 말소의 가부

【판시사항】 다. 가등기에 기한 소유권이전등기청구권이 시효의 완성으로 소멸된 경우 그 가등기 이후에 부동산을 취득한 제3자가 그 소유권에 기한 방해배제청구로서 그 가등기권자에 대하여 본등기청구권의 소멸시효를 주장하여 그 등기의 말소를 구할 수 있는지 여부 (적극)

【판결요지】 다. 가등기에 기한 소유권이전등기청구권이 시효의 완성으로 소멸되었다면 그 가등기 이후에 그 부동산을 취득한 제3자는 그 소유권에 기한 방해배제청구로서 그 가등기권자에 대하여 본등기청구권의 소멸시효를 주장하여 그 등기의 말소를 구할 수 있다.

C) 취득시효 의한 등기

가) 의의

(1) 점유취득시효 제도 : 민법은 20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유한 자는 등기함으로써 소유권 취득함(245조 1항)

(2) 취득시효에 의한 물권의 취득은 등기하여야 하므로 --> 시효취득자는 시효완성 당시의 소유자를 상대로 소유권이전등기청구를 해야 함(대판 96다53240)

(3) 이러한 등기청구권의 발생원인과 법적 성질 여부

나) 학설

(1) 다수설 및 판례

다수설: 취득시효에 의한 등기청구권은 법률의 규정에 의해 취득함(187조 1항)

법률의 규정에 의해 당연히 등기청구권이 생기고 그 성질은 채권적임(곽 198)

--> 취득시효는 원시취득이지만 실무상 이전등기를 한다.

판례: 취득시효 만료로 등기청구권이 생기며, 그 성질은 채권적임.

[판례1] 대법원 1977.6.28. 선고 77다47 판결 【소유권확인등】

【판시사항】 취득시효의 기산점은 임의로 선택할 수 없다

【판결요지】 시효기간 만료 후 이해관계가 있는 제3자가 있는 경우에는 시효이익을 주장하는 자는 임의로 그 시효기간 산정을 선택할 수 없다. (출처 : [공 1977.8.1.(565),10170])

--> 그리고 부동산에 관한 시효기간만료의 효과는 소유권 취득의 효력이 있는 것이 아니라 이를 원인으로하여 소유권취득을 위한 등기청구권이 발생함에 그친다고 봄이 민법 제245조 제1항의 법의라 할 것이고 ( 당원 1966.10.21. 선고 66다976 판결참조)따라서 그 시효기간 만료후 에 그 부동산의 소유권이 제3자에게 이전된 경우에는 그 제3자에 대하여 시효완성을 주장할 수 없다고 할 것이며( 당원 1971.12.28. 선고 71다1566 판결 참조) 그렇기 때문에 시효기간만료 후 이해관계있는 제3자가 있는 경우는 시효이익을 주장하는 자는 임의로 그 시효기산점을 선택할 수 없다고 할 것이다( 당원 1976.6.22. 선고 76다487, 488 판결참조).

[판례2] 대법원 1995. 12. 5. 선고 95다24241 판결 【소유권이전등기】

【판시사항】 점유취득시효 완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 성질 및 그 소멸시효 기간

【판결요지】 부동산에 대한 점유취득시효 완성을 원인으로 하는 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권으로서, 취득시효가 완성된 점유자가 그 부동산에 대한 점유를 상실한 때로부터 10년간 이를 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.(출처 : [공1996.1.15.(2),202])

(2) 소수설 : 물권적 기대권이론을 원용하여 취득시효기간 만료로 부동산의 점유자는 마치 물권적 합의를 있었던 때와 마찬가지로 물권적 기대권을 취득하고 이에 기하여 등기청구권이 생긴다는 주장(김용한 144)

D) 부동산임차권의 경우

가) 민법 제621조는 “부동산임차인은 당사자간의 반대약정이 없는 한 임대인에 대하여 그 임대차등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있다(임차권의 물권화 경향)”고 하여 등기청구권을 규정하고 있다.

나) 등기청구권의 발생원인 및 법적 성질

a) 621조 1항은 부동산임차인의 보호를 강화하기 위한 특별규정임

b) 통설은 법률의 규정(제621조)에 의해 발생한 것으로 보며 그 성질은 채권적 청구권

E) 환매권의 경우

가) 민법 제592조는 매매로 인한 부동산소유권 이전등기와 동시에 환매권의 보류를

등기한 때에는 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 하여 등기청구권을 규정하고 있다.

나) 발생원인 및 법적 성질 : 당사자간의 계약에 의하여 생기며, 채권적 청구권임.

#### 다. 등기청구권의 행사

##### 1) 일반적인 경우

가) 등기권리자가 의무자에 대해 일반적 의사표시로 하며, 이에 불응할 경우 의사의 진술을 명하는 이행판결로 권리자 단독으로 등기를 신청할 수 있다.

나) 필요한 경우 등기의무자도 할 수 있다(등기인수청구권)

##### 2) 대위에 의한 행사 -- 채권자대위권(404조)에 의해서 대위자가 직접 행사할 수 있다.

--> 대위에 채무자의 무자력을 요건으로 하지 않음.

##### 3) 중간생략등기의 경우

가) 학설 -- 물권적 기대권설이나 독일민법 유추적용설에 의하면 최종양수인이 최초양도인에게 행사가 가능

나) 판례 -- 합의가 그 요건은 아니나 합의가 없으면 최종양수인이 자기 앞으로 직접 소유권이전등기를 청구할 수 없다.

### 제2관 법률행위에 의한 부동산물권변동과 공시

생략