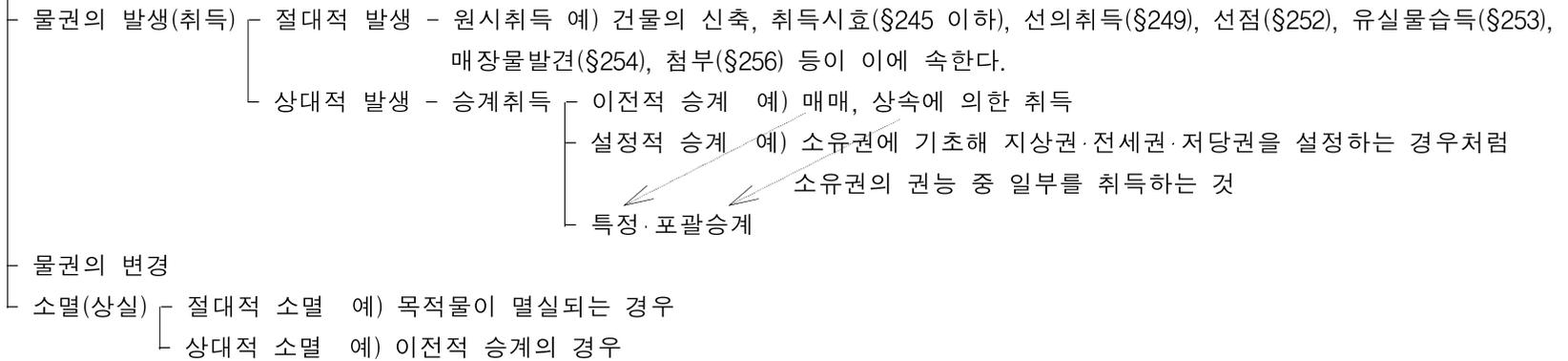


4. 물권의 변동

1) 총설

a) 의의 및 종류

(a) 의의 - 물권의 발생·변경·소멸을 물권변동이라 함



(b) 종류 - 동산물권의 변동과 부동산물권의 변동

b) 물권변동의 원인

- 법률행위에 의한 물권 변동 → 부동산물권변동(§186), 동산물권변동(§188-§190)
- 법률행위에 의하지 않은 (법률의 규정에 의한) 물권변동 → 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정(§187), 취득시효(§245 이하), 무주물선점(§252), 유실물습득(§253), 매장물발견(§254), 첩부(§256), 소멸시효(§162 이하), 혼동(§191)

2) 물권의 변동에서 공시제도와 공시 및 공신의 원칙

a) 공시제도

- 의의와 기능 - 물권의 배타성을 실현하는 수단으로서 또 물권거래의 안전에 기여하는 제도로서 기능
- 물권의 공시방법
 - 부동산물권의 경우 → '등기'
 - 동산물권의 경우 → '점유' 또는 자동차·항공기·건설기계 등은 각각 특별법에 의해 '등록'
 - 입목·수목의 집단 → 입목에 관한 법률에 의해 '등기'할 수 있다.
→ 수목의 집단·미분리의 과실에 관하여는 관습법상의 '명인방법'

b) 공시의 원칙과 공신의 원칙

(a) 공시의 원칙:

- 의의 - 물권의 존재 및 변동은 언제나 외부에서 인식할 수 있는 표상, 즉 공시방법이 수반되어야 한다는 원칙. 실재하는 각 물권의 존재를 외부에서 인식할 수 있게 함으로써, 물권의 배타성에 따른 위험으로부터 물권거래의 안전을 담보할 수 있게 하는 제도를 공시원칙을 실현하는 방법으로 - 공시방법을 갖추지 않은 경우 물권변동의 효력을 부분적으로만 즉 제3자에 대한 관계에서만 부정하는 의사주의(대항요건주의)와 전면적으로 즉 당사자 사이에서도 부정하는 형식주의(성립요건주의)가 있다.
∴ 우리민법은 형식주의(§186, §188 이하)
- 물권 이외의 다른 권리에서도 인정되는 경우 - 채권양도에서 대항요건(통지 또는 승낙, §450)이나, 혼인에서 신고(§812)

(b) 공신의 원칙

- 의의 - 공시방법이 진실한 권리관계에 일치하지 않더라도(예, 원인행위의 무효 또는 취소) 공시된 대로의 권리가 존재하는 것으로 다루어 공시방법을 신뢰하여 거래한 제3자를 보호하여야 한다는 원칙(우리민법은 동산에만 인정).
- 우리 민법의 입장
 - ┌ 부동산물권변동에서는 공신력 불인정 → 진정한 권리자 보호(정적 안전)에 치중,
 - └ 반면 동산에서는 공신력 인정 → 거래안전 보호(동적 안전), 진정한 권리자의 희생.
- 물권 이외에서 공신원칙이 나타나는 경우 - 표현대리(§125·§126·§129), 채권의 준점유자에 대한 변제(§470), 영수증소지자에 대한 변제(§471), 지시채권의 소지인에 대한 변제(§518)
- 공신의 원칙의 한계 - 공신의 원칙을 인정함으로써 생기는 진정한 권리자의 희생은 불법행위에 의한 손해배상청구나 부당이득반환청구에 의하여 치유될 수 있으나, 확실한 물권을 상실하고 대신 실현가능성이 불확실한 채권을 취득할 뿐이라는 점에서 그리고 물건에 대한 권리 자체의 회복이 아니라는 점에서 부당하다고 할 수 있다.

3) (법률행위에 의한) 물권변동에 관한 두 가지 입법례

a) 대항요건주의(의사주의, 불법주의):

- 의의 - 공시방법을 갖추지 않으면, 당사자 사이에서는 물권변동이 일어나지만, 그 물권변동을 가지고 제3자에게 대항할 수 없다.
- 의사표시만으로 물권변동이 일어나고, 공시방법은 대항요건
- 물권행위의 독자성이 인정되지 않는다.
- 제3자 보호
 - ┌ 동산 → 공신의 원칙 인정
 - └ 부동산 → 공시방법을 갖추어야 제3자에게 대항할 수 있다.
- 대내·대외관계가 상대적으로 분리되어 법률관계가 복잡해지는 단점이 있다.

b) 성립요건주의(형식주의, 독법주의 ← 우리민법):

- 의의 - 공시방법을 갖추지 않으면, 제3자에 대한 관계에서는 물론, 당사자 사이에서도 물권변동의 효력이 생기지 않는다.
- 의사표시(물권행위)와 공시방법이 있어야 물권변동이 일어남
- 물권행위의 독자성 인정
- 제3자의 보호 → 물권행위의 無因性 인정

4) 부동산물권의 변동

a) 법률행위에 의한 부동산물권의 변동

(a) §186 ⇒ 부동산물권변동 = 법률행위(물권행위) + 등기

(b) 물권행위:

- 개념 - 채권행위와의 구분
 - ┌ 채권행위(원인행위) - 채권·채무의 발생을 목적으로 하는 법률행위
 - └ 물권행위(처분행위) - 직접 물권의 변동을 가져오는 법률행위(§186에서 법률행위는 물권행위를 의미)
- 유형
 - ┌ 통상 채권행위가 물권행위에 선행하고 원인이 되지만,
 - └ 채권행위와 물권행위가 일체로 이루어지는 경우 → 현실매매
 - └ 시간적 간격을 두고 따로 행하여지는 경우 → 부동산매매
 - └ 채권행위를 전제로 하지 않고 물권행위로만 물권변동이 일어나는 경우 → 물권의 포기
- 물권행위의 종류
 - ┌ 물권 계약 (= 물권적 합의 → 물권 변동을 목적으로 하는 합의. 물권 행위의 한 요소)
 - └ 물권적 단독행위 (예, 물권의 포기)
- 법률행위로서 물권행위
 - ┌ 방식 - 不要式行爲
 - └ 처분권한이 있어야 한다. 없는 경우에는 → (유동적) 무효, 처분권한 있는 자, 즉 권리자는 추인 가능
 - ※ 채권행위의 경우는 타인권리의 매매도 유효하게 성립(§569)
 - └ 제3자를 위한 물권계약(물권적 합의, §539 참조) → 유효 (통설)
- 적용법규 - 물권행위도 법률행위이므로 법률행위의 요건 갖추어야 함 → 의사능력, 행위능력, 의사와 표시의 일치, 의사의 합치(§527)

물권행위의 獨自성과 無因性:

물권행위의 독자성

의의 - 채권발생을 목적으로 하는 채권행위 외에 별도로 물권변동을 목적으로 하는 법률행위 즉 물권행위라는 개념을 인정할 것인가? 나아가 물권행위가 인정된다면 그것이 채권행위와 별개로 행하여지는 것인가의 문제

학설 및 판례의 태도

독자성 인정론

의의 - 채권행위와 물권행위가 따로 행해진다(다수설).
근거 - §186, §188①의 규정에 비추어볼 때

독자성 부인론

물권행위는 보통 채권행위와 동시에 행해진다(판례, 소수설).
근거 - 거래실정과 당사자의 의사에 의하면

위 학설 모두 채권행위와 물권행위의 개념상의 분리는 인정

물권행위의 무인성

전제

물권행위의 독자성 인정, 따라서 독자성을 부인하면 무인성 여부는 문제되지 않는다.
최소한 물권행위 자체는 유효할 것

독자성과의 관계

물권행위의 독자성을 인정할 때 채권행위와의 관계 → 물권행위가 채권행위 시에 동시에 행하여진다고 하면(독자성 부인론) 유인, 반면 다른 시기에 행하여진다면 무인

무인성설

의의 - 물권행위의 원인행위인 채권행위가 부존재·무효·취소·해제로 실효되더라도 물권행위 자체가 유효하면 그 물권행위는 채권행위의 실효와는 상관없이 유효하다는 것을 말함(다수설).

논거

독자성 인정의 결과 채권행위와 물권행위는 별개이므로 그 유효성도 별도로 판단해야 하며, 물권관계는 모든 사람에게 명료해야 하므로 당사자 사이에만 효력을 가지는 채권행위로부터 영향을 받는 것은 부당하고, 무인성을 인정함으로써 등기에 공신력을 인정하고 있지 않은 민법의 결함을 보충하여 거래 안전 보호를 확보할 수 있다.

비판

악의의 제3자까지 보호하게 된다.

유인성설

의의 - 독자성을 부정하는 소수설은 원인행위가 존재하지 않는 경우 물권행위(처분행위)도 실효되는 것으로 본다(소수설, 판례).

논거

당사자의 의사에 합치하고, 무인성을 인정할 민법상의 근거가 없다.
§107②, §108②, §109②, §110③, §548① 단서인 선의의 제3자 보호 규정으로 거래 안전을 보호 할 수 있다.

- └─ 비관 - 등기와 실체관계가 부합하지 않는 경우 발생
 - └─ 논의의 실익 - 채권행위가 실효된 경우, 이미 이행된 물건의 반환을 구하는 근거가 부당이득반환(§741)이나 아니면 물권적 청구권(§213)이나 하는 이론 구성의 문제와 이미 전득된 경우의 보호 범위의 차이(☞ 사례연습 449면 참조)
 - └─ 물권행위와 등기의 관계
 - └─ 의의 - §186은 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다고 규정하고 있는데 이 규정에서 물권행위와 등기의 관계는?
 - └─ 학설
 - └─ 물권변동 \Leftarrow 물권행위의 구성 = 물권적 합의(의사표시) + 등기
 - └─ = 물권적 의사표시만으로 성립, 다만 등기는 효력발생요건
 - └─ = 물권적 의사표시만 물권행위이고, 등기는 물권행위 외에 법률이 요구하는 물권변동의 별개의 요건.
 - └─ ∴ §186에 의해 물권변동은 법률행위와 등기를 갖추어야 일어나는 점에서 결과에 있어서 차이가 없음.
- ☞ 물권행위 관련 사례연습 - 교재 444면

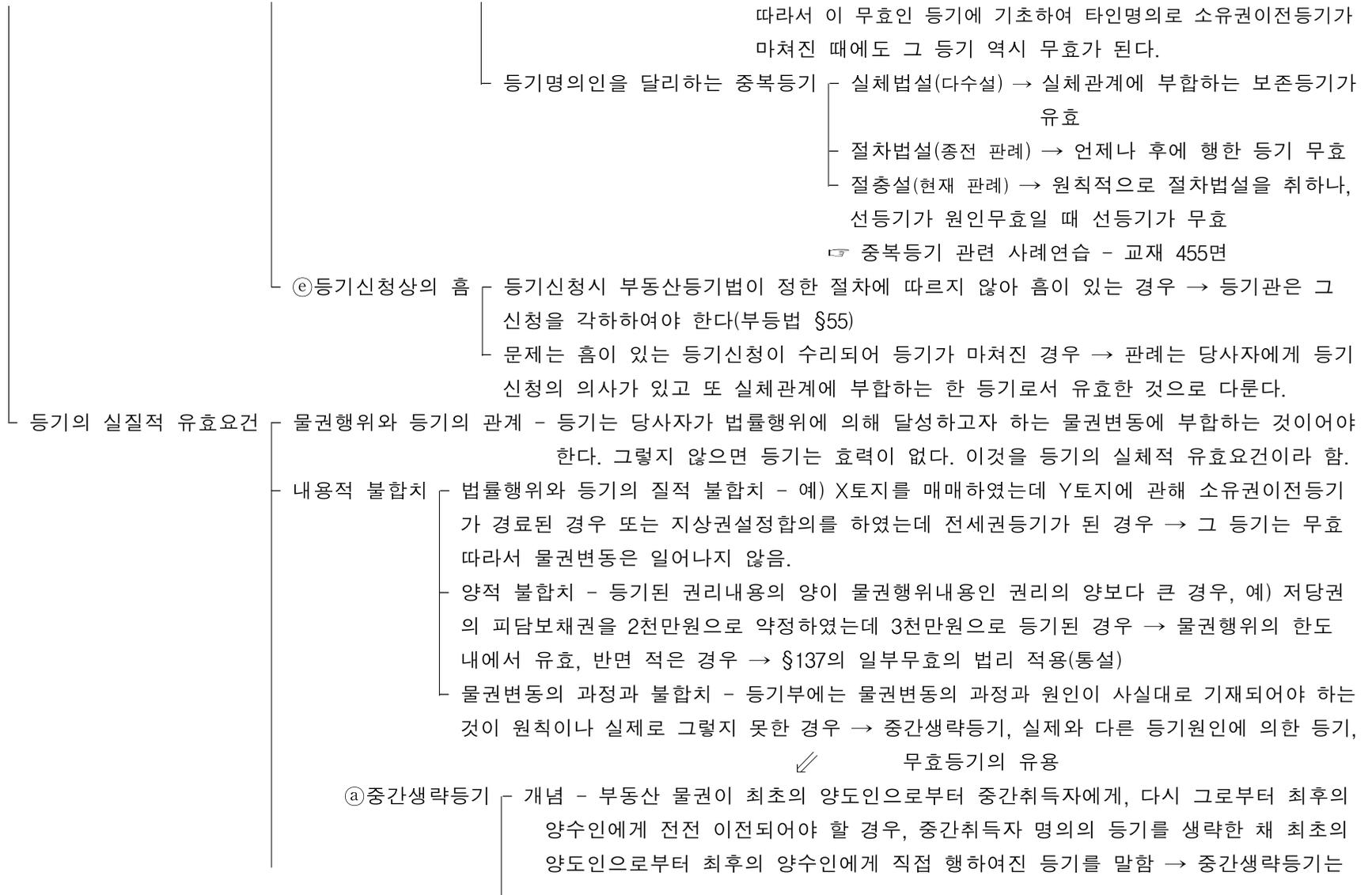
(c) §186의 적용범위:

- 원칙 - 법률행위에 의한 부동산물권의 변동으로서 등기가 요구되는 경우(※목적부동산의 인도는 요건이 아님)로 소유권·지상권·지역권·전세권·저당권·권리질권(저당채권에 대한 질권설정 §348)의 변동에 관해 적용
- 문제의 경우
 - 원인행위의 실효에 의한 물권의 복귀 - 채권행위에는 실효원인(무효[§107②, §108②]·취소[§109②, §110③]·해제[§548① 단서])이 있으나 물권행위는 유효한 경우 → 무인성에 의하면 부당이득반환청구권 발생하고 말소등기를 하여야(양도인에게 현물반환 시에) 물권 복귀하는 반면 유인성에 의하면 말소등기 없이도 당연히 복귀(판례)
 - 물권행위의 실효에 의한 물권의 복귀 - 물권행위가 무효·취소로 실효된 때, 유·무인은 문제되지 않고, 이미 이전된 물권은 등기 없이도 당연히 복귀
 - 재단법인 설립에서 출연부동산의 귀속시기
 - §48에 의하면,
 - 생전처분설립의 경우 → 법인이 성립한 때
 - 유언으로 설립한 경우 → 유언의 효력이 발생한 때
 - 상대방 없는 단독행위(법률행위)인 재산(부동산)출연행위에 있어서 공시방법을 갖추어야 물권변동이 생기는가? 학설:
 - 통설 - §48에 따라 설립등기한 때 출연재산은 법인에 귀속
 - 소수설 - §186원칙에 따라 등기한 때 법인에 귀속, 즉 §48에 따른 법인의 성립 또는 출연자의 사망시에는 출연재산의 이전청구권이 생길 뿐이고, 등기를 갖춘 때에 비로소 출연재산이 법인에 귀속한다.
 - 판례 - 등기 없이도 출연부동산은 법인설립과 동시에 법인에 귀속, 그러나 법인이 그가 취득한 부동산을 가지고 제3자에게 대항하기 위해서는 §186의 원칙에 따라 등기를 필요로 한다(소유권의 상대적 귀속).
 - 소멸시효와 취득시효
 - 소멸시효
 - 절대적 소멸설(통설, 판례) - 소멸시효(§162)가 완성되면 등기 없이도 위 부동산물권은 당연히 소멸(§186 적용 없음)
 - 상대적 소멸설 - 소멸시효의 이익을 주장하여 등기말소를 청구해서 그 등기가 말소된 때에 비로소 소멸
 - 취득시효 - 시효취득은 법률행위에 의한 것은 아니지만 §187의 예외로서 등기해야 권리를 취득하는 것으로 정하고 있다(§245①, 248).

- 소멸청구와 소멸통고
 - 소멸청구 - §287(지상권의 소멸청구)·§311①(전세권의 소멸청구)의 경우, 학설은 소멸청구는 형성권으로서 의사표시만으로 효력이 생기는 것이므로 그 등기를 말소하지 않더라도 지상권 또는 전세권이 소멸한다는 다수설과 §186에 의해 말소등기를 하여야 그 물권이 소멸한다는 소수설 대립
 - 소멸통고 - §313의 경우, 학설은 소멸통고는 형성권이므로 6개월이 경과하면 전세권은 말소등기 없이도 당연히 소멸한다는 다수 견해와 거래안전의 보호를 위해 6개월 후 말소등기를 하여야만 전세권이 소멸한다는 소수의 견해 대립
- 물권의 포기 - 부동산물권의 포기는 물권의 소멸을 목적으로 하는 법률행위(물권적 단독행위)이므로 §186조에 의한 등기하여야 효력 발생(통설)

(d) 부동산물권변동에서 등기의 요건:

- 의의 - §186는 등기를 부동산물권변동의 요소로 정하고 있다. 그 등기가 유효하기 위해서는 두 가지 요건을 갖추어야 하는데, 하나는 등기는 부동산등기법상의 절차에 따라 하여야 하고(**형식적 유효요건**), 다른 하나는 등기가 물권행위의 내용과 합치하여야 한다(**실질적 유효요건**).
- 등기의 형식적 유효요건
 - ㉠ 등기부예의 기재가 있을 것(부등법 §57) → 등기가 유효하기 위해서는 등기신청 + 등기부예의 기재
 - ㉡ 등기는 그 기재가 존속하여야 하는 것이 원칙이나, 만일 등기부가 멸실되거나, 불법으로 말소(이해관계인에 의하거나 등기관이 잘못으로) 또는 후발적으로 (이기하는 과정에서) 탈루된 경우에도 등기의 효력에는 아무 영향이 없다. 즉 등기부가 멸실된 경우에는 멸실회복등기(부등법 §24), 불법말소된 경우에는 말소회복등기, 후발적 탈루의 경우에는 경정등기에 의해 물권의 효력은 유지된다. ※판례는 소유권등기가 원인 없이 말소된 경우, “등기는 물권의 효력발생요건이고 효력존속요건이 아니므로 물권에 관한 등기가 원인 없이 말소된 경우에 그 물권의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는다”고 한다.
 - ㉢ 관할권의 존재 - 등기는 관할 등기소에서 하여야 한다(부등법 §55 1호·2호), 위반시 → 무효이며 등기관이 직권말소(부등법 §175-§177)
 - ㉣ 중복등기의 경우
 - 개념
 - 하나의 부동산에 관하여 보존등기가 이중으로 경료된 경우를 말하며, 부등법상 1부동산 1용지주의(부등법 §15)와 관련하여 그 처리가 문제된다.
 - 이미 보존등기 된 부동산에 중복하여 등기신청 있으면 이는 각하 사유(부등법 §55 2호)
 - 동일인 명의의 중복등기 → 판례) 실체관계를 묻지 않고 후에 행한 등기를 무효로 본다.



물권변동의 과정이 제대로 공시되지 못한다는 문제 야기.

- 중간생략등기가 이미 마쳐진 경우 → 계약당사자 사이에 적법한 원인행위가 성립되어 이행된 것이라면 중간생략등기에 관한 합의가 없었어도 유효(판례)

- 중간생략등기의 청구 → (A·B·C) 삼자간의 합의가 있어야 가능(판례)

㉑ 실제와 다른 등기원인에 의한 등기

- 개념 - 등기를 함에 있어 등기원인을 다르게 기재하는 경우, 예) 증여세를 면탈하기 위해 증여를 매매로 등기원인을 바꾸어 이전등기를 한다든지, 법률행위가 실효되어 물권이 복귀한 때에 이미 한 이전등기의 말소등기를 하지 않고 오히려 매매를 원인으로 다시 이전등기를 하는 경우
- 효과 - 등기원인이 다른 등기이더라도 이러한 등기가 현재의 권리상태 및 실질적 법률관계에 부합하는 때에는 유효(판례)

㉒ 무효등기의 유용

- 개념 - 등기원인의 부존재·무효·취소·해제로 인해 말소되어야 할 무효인 등기가 말소되지 않은 상태에서, 후에 그에 상응하는 등기 원인이 발생한 경우, 그 무효인 등기를 등기로써 이용하는 것, 예) 매매를 원인으로 한 소유권이전등기가 허위표시로서 무효인 것을 후의 다른 매매계약에 의한 소유권이전등기로 유용하는 것
- 효과 - 판례는 원인무효인 근저당권설정등기에 터잡아 근저당권이전의 부기등기를

한 경우, 이러한 등기유용은 그 합의가 이루어지기 전에 등기상 '이해관계가 있는 제3자'(→물권자로서 등기된 자, 대항력을 갖춘 임차권을 갖게 된 자, 또는 부동산을 압류(처분금지가처분)한 자)가 생기지 않는 경우에 한해서 허용한다. 단, 멸실된 건물의 보존등기를 후에 신축한 건물의 보존등기로 유용할 수 없다(판례).

※부동산거래에 대한 실제적 권리관계에 부합하는 등기를 신청하도록 하기 위해 1990년 제정된 부동산등기특별조치법은 중간생략등기를 하거나 또는 등기원인을 허위로 기재한때에 벌칙규정을 두고 있으나 판례는 그 규정을 강행규정(효력규정)이 아닌 단속규정으로 보면서 당사자 사이의 중간생략등기의 합의에 관한 사법상 효력에는 영향이 없는 것으로 보았다.

- 시간적 불합치

- 물권행위 후 등기신청 전

- 당사자가 행위능력을 상실한 경우 → 법정대리인의 동의를 얻어 본인이 신청, 또는 법정대리인이 신청
- 당사자가 사망한 경우 → 상속인에 의한 등기, 예) 상속인이 사망

- 한자의 자격에서 직접 등기의무자가 되어, 사망자와 매매계약을 체결한 매수인과 공동신청)
 - 당사자가 교체된 경우 → 물권행위를 새로 하여야 한다, 예) A가 자기 토지에 B와 지상권설정계약을 맺었는데, B가 그 등기를 하기 전에 A가 그 토지를 C에게 양도한 경우
 - 권리자가 파산하거나 압류 당하는 등 처분권이 제한된 경우 → 등기신청 불가
- 등기를 하지 않은 부동산매수인의 법적 지위
- 법률상 소유자는 매도인, 따라서 등기를 갖추지 못한 매수인은 소유권을 주장할 수 없다.
 - 매수인은 부동산의 점유자로서 점유보호청구권을 가진다.
 - 매도인이 반환청구권을 행사할 때 → §213 단서를 근거로 반환거절 가능
 - 매수인이 목적물을 점유하고 있는 동안에는 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다(판례).

b) 법률행위에 의하지 않은 부동산물권의 변동

(a) 총설

§187 → 법률의 규정에 의한 부동산 물권의 변동은 등기를 요하지 않는다.

등기를 요구하지 않는 이유

- 등기를 요구하는 것이 성질상 등기가 불가능해서, 예) 상속의 경우, 피상속인의 사망과 동시에 등기하는 것은 물리적으로 불가능
- 국가기관의 행위라는 이유에서, 예) 공용징수·판결·경매 - 이때는 물건변동의 내용에 다툼의 여지가 없기 때문
- 법률 정책적 이유에서

본조의 내용

- 물권의 취득에 한하지 않고 변경 및 소멸에도 적용
- 등기 없이 취득한 부동산물권의 처분 - 부동산물권을 등기 없이 취득하였다도 법률행위에 의해 처분하려면 미리 그 취득을 등기하고, 그 후에 처분에 따른 등기를 해야 한다(§187 단서). 따라서 자기 명의의 등기 없이 이를 처분하면 그 처분은 무효, 따라서 상대방은 부동산 물권을 취득하지 못한다(※이 원칙에 대한 예외(판례) → 중간생략등기나 무효등기의 유용을 인정). 그러나 그 처분행위의 채권적 효력까지 부정되는 것은 아니다(판례).

(b) 적용범위

상속(§997) - 물건변동의 시기 → 피상속인이 사망한 때

상속과 같이 포괄승계의 효과가 있는 경우, 즉 포괄유증(§1078)과 회사의 합병(§235, 269, 530, 603)의 경우에도 같다.

국가의 행위에 의한 물건변동

- 공용징수(수용) - 공익사업을 위해 소유권 기타 재산권을 법률의 힘에 의해 강제적으로 취득하는 것을 말하고, 원칙적으로 수용의 개시일에 물건변동, 즉 소유권을 취득한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 §45①). 그 법적 성질은 원시취득이나 이전등기의 형식을 취함
- 판결 - 본조는 형성판결(예, 공유물 또는 합유물의 분할청구에 기한 분할판결[§269①, §274], 사해행위 취소판결[§406], 상속재산 분할판결[§1013])에 한하여 적용, 따라서 (이전등기 절차를 이행하라는) 이행판결의 경우에는 승소한 당사자가 단독으로 등기를 신청할 수 있을 뿐이고(부등법 §29), 그 등기가 된 때에 비로소 소유권 이전의 효력이 생긴다.
물권변동 시기는 판결이 확정된 때(민소법 §498)
- 경매 - 집행권원에 기한 강제경매나 담보권에 기한 임의경매의 경우에 본조 적용
매수인이 매각대금을 완납한 때 소유권 취득(민사집행법 §135, §268)
매각대금이 완납되면 법원사무관은 매수인이 취득한 권리의 등기를 등기소에 촉탁한다

(민집법 §144, §268).

└ 기타 법률의 규정

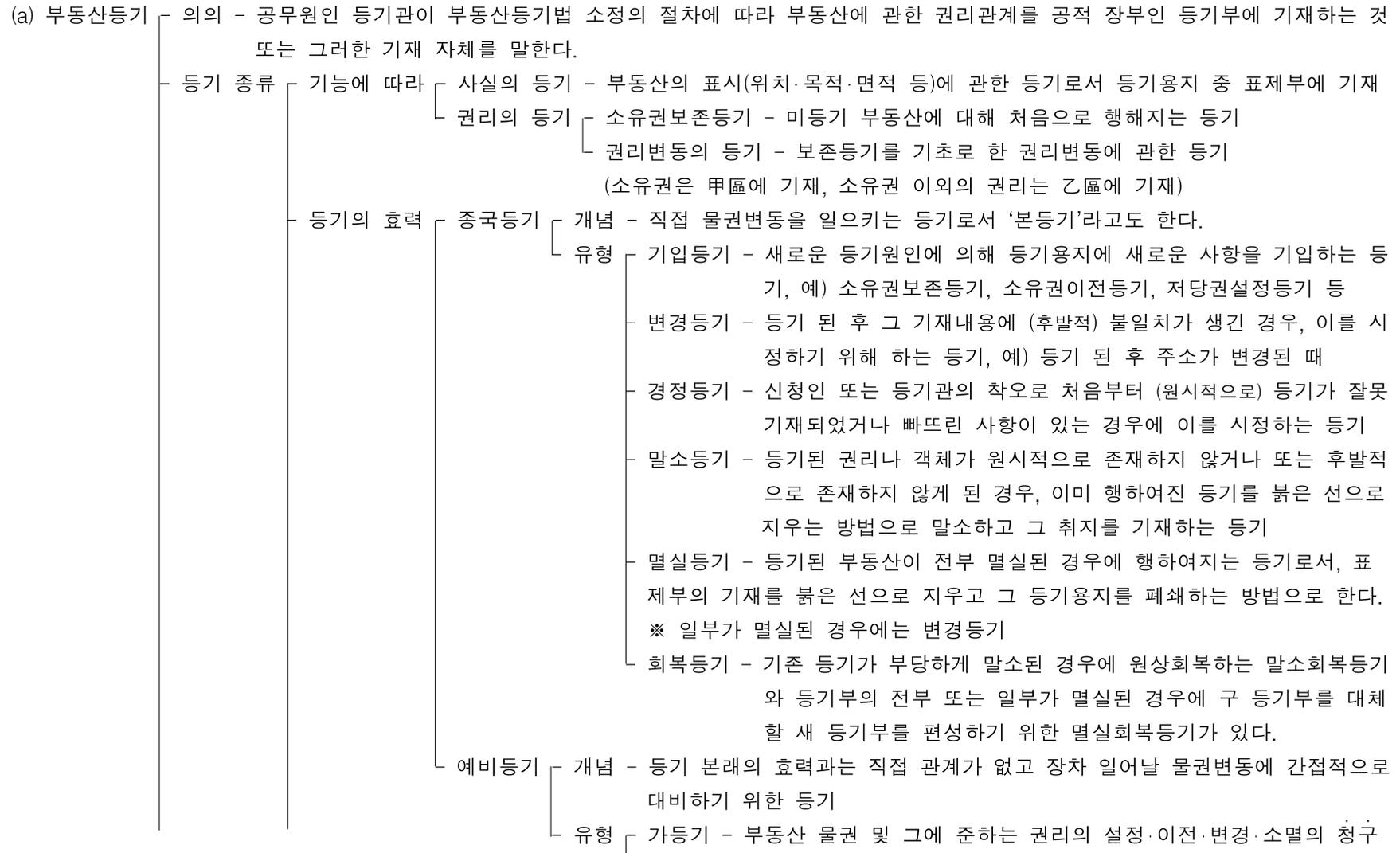
└ 신축건물의 소유권 취득

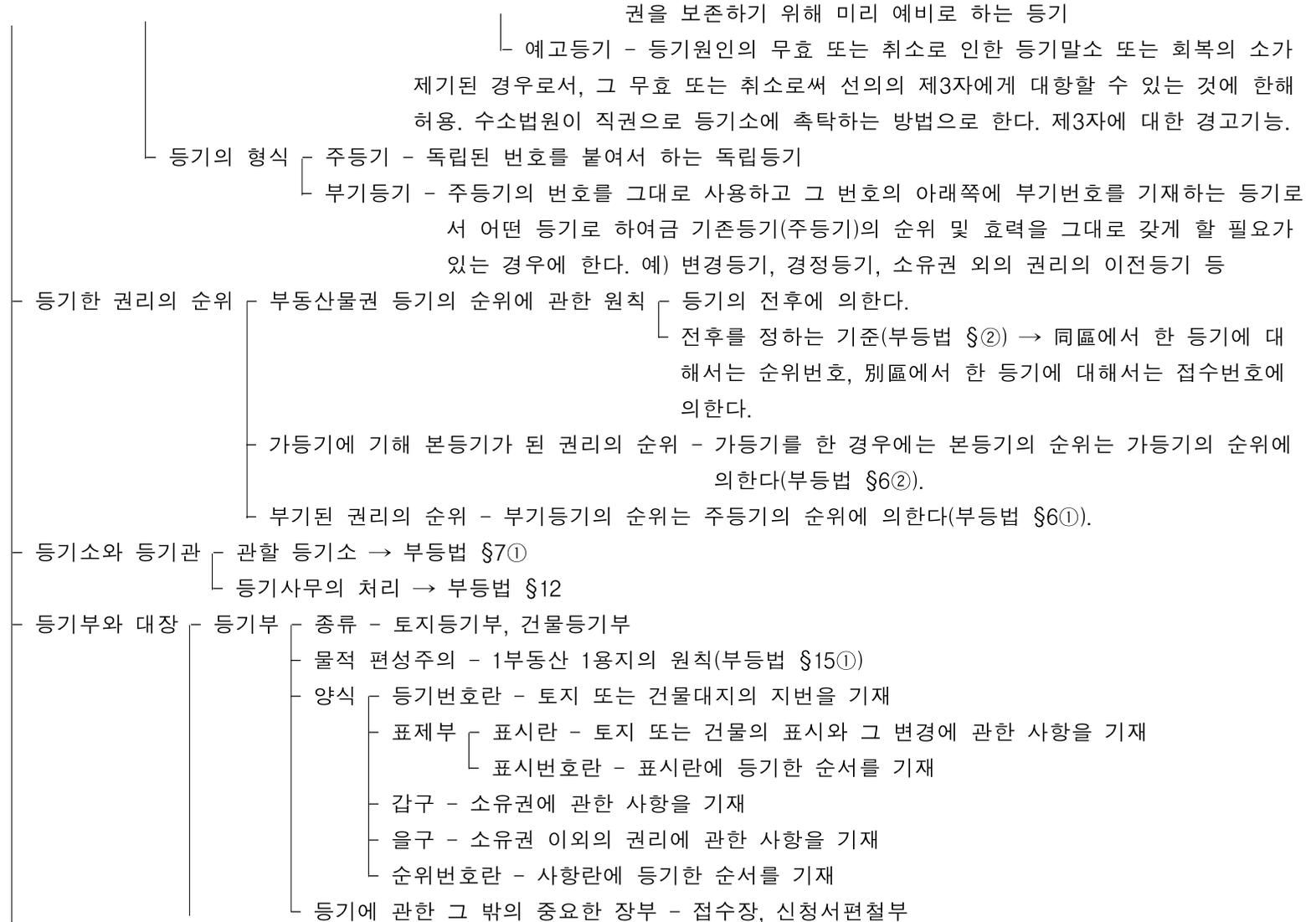
└ 법정지상권의 취득(§305·§306), 법정저당권의 취득(§649), 대위로 인한 저당권 등의 이전(§368·§399·§482·§484)

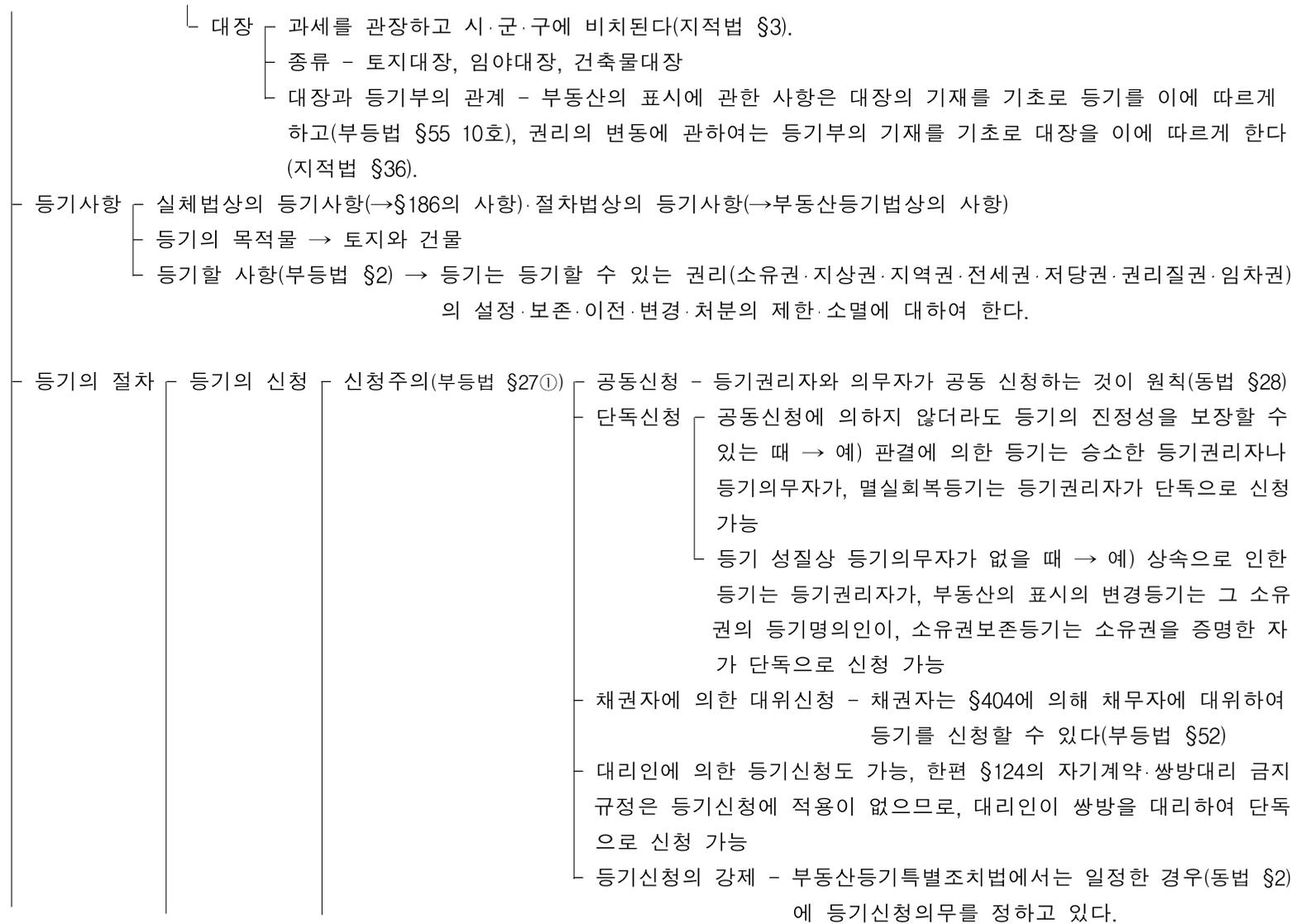
└ 용익물권의 존속기간 만료에 의한 소멸, 피담보채권의 소멸로 인한 담보물권의 소멸, 혼동에 의한 물권의 소멸(§191)

(c) 예외 - 법률행위에 의한 것이 아님에도 §187조의 적용이 없는 경우 → 부동산물권의 점유취득시효로 인한 경우登記하여야 소유권 취득 (§245①).

c) 부동산물권의 공시방법







- └─ 등기신청에 필요한 서면
 - └─ 소정의 사항을 기재하고 기명날인한 신청서(부등법 §41)
 - └─ 등기원인을 증명하는 서면 → 법률행위에 의한 경우에는 매매계약서, 저당권설정계약서 등 각종 계약서
 - 판결에 의한 등기의 경우 판결등본
 - 부동산등기특별조치법에 따라 계약을 원인으로 소유권이전등기를 신청하려면 검인계약서 제출(동법 §3)
 - 구두계약·점유취득시효 등 등기원인을 증명하는 서면이 없을 때는 신청서 부본을 제출(부등법 §45)
 - └─ 등기의무자의 권리에 관한 등기필증
 - └─ 등기원인에 대하여 제3자의 허가 등을 요하는 경우에는 그를 증명하는 서면, 예) 농지법상 농지취득자격증명원, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의한 토지거래허가
 - └─ 대리인에 의해 등기 신청하는 경우 그 대리권한을 증명하는 서면
 - └─ 신청인의 주소를 증명하는 서면
 - └─ 인감증명서
- └─ 등기신청에 대한 심사 - 등기관은 등기신청에 대하여 실제법상의 권리관계와의 일치 여부를 심사할 실질적 심사권한은 없고 오직 신청서 및 그 첨부서류와 등기부에 의하여 등기요건의 충족 여부를 심사할 형식적 심사권한밖에는 없는 것이어서 그 밖에 필요에 응하여 다른 서면의 제출을 받거나 관계인의 진술을 구하여 이를 조사할 수는 없다(판례). 다만, 1동의 건물을 구분한 건물에 관한 등기신청이 있는 경우, 등기관은 필요한 때에는 그 건물의 표시에 관한 사항을 조사할 수 있는 예외 인정(부등법 §56의 2 → 실질적 심사권)
- └─ 등기의 실행 - 등기를 완료하면 등기관은 등기필증을 등기관리자에게 교부(부등법 §67)
- └─ 등기관의 처분에 대한 이의 - 등기관의 결정 또는 처분을 부당하다고 주장하는 자는 관할지방법원에 이의신청

- └─ 등기청구권
 - 의의 - 등기절차에 관하여 공동신청이 요구되는 결과(부동산법 §28) 등기의무자가 등기신청에 협력하지 않으면 등기를 할 수 없으므로 등기의무자가 임의로 등기신청에 협력하지 않는 때에는 등기권리자는 등기의무자에게 등기절차에 협력할 것을 청구할 수 있다. 이것이 바로 등기청구권이다. 즉 등기신청에 필요한 서류를 마련해서 등기소에 출석하여 공동으로 신청할 것을 구하거나, 또는 등기권리자가 단독으로 신청할 수 있도록 필요한 모든 서류를 교부할 것을 청구하는 권리
 - 발생원인과 법적 성질:
 - └─ 법률행위에 의한 물권변동의 경우
 - 성질 - 물권행위의 독자성을 부인하는 입장 → 원인행위인 채권행위로부터 등기청구권은 발생하므로 그 성질은 채권적 청구권으로 본다(통설·판례).
 - 그런데 판례는 소유권이전등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하면서도 일정한 경우 소멸시효에 걸리지 않는다고 보고 있다. → 소유권이전등기청구권의 소멸시효 - 판례는 기본적으로 등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하여 10년의 소멸시효(§162)에 걸리는 것으로 본다. 다만, 목적물의 인도를 중심으로 다음과 같은 특별한 법리구성을 하고 있다 → ㉠ 매매로 인한 소유권이전등기청구권의 소멸시효 - 판례는 매수인이 목적물을 인도받아 사용·수익(점유)하고 있는 때는 시효제도의 존재이유에 비추어 매수인을 권리 위에 잠자는 것으로 볼 수 없고 매도인과 매수인의 이익형량상 매수인의 사용·수익의 상태를 더 보호할 가치가 있다는 점을 이유로 그 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는 것으로 본다. ㉡ 미등기전매의 경우 매수인의 등기청구권의 소멸시효 - 판례는 처음에는 매수인이 목적물을 점유하지 않은 경우는 물론, 후에 점유를 상실하여 더 이상 사용·수익하고 있는 상태가 아닌 경우에는 그 점유상실 시점부터 등기청구권의 소멸시효가 진행되는 것으로 보았으나, 후에는 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 이상, 이를 사용·수익하다가 그 부동산에 대한 보다 적극적인 권리행사의 일환으로 다른 사람에게 처분하고 그 점유를 승계하여 준 경우에도, 그 이전 등기청구권의 행사 여부에 관하여 그가 그 부동산을 스스로 계속 사용

· 수익하고만 있는 경우와 특별히 다를 바 없으므로, 위 두 어느 경우
에나 그 청구권의 소멸시효는 진행하지 않는다고, 즉 중단된다고 하였
다.

☞ 등기청구권 관련 사례연습 - 교재 484면

매매로 인한 소유권이전등기청구권의 양도성 - 판례는 소유권이전등기
청구권을 채권적 청구권으로 보면서도 그 양도성을 제한하고 있는데,
그 논거는 → ㉔전원의 의사합치가 없기 때문에 - 부동산이 전전 양도
된 경우, 최종양수인(C)이 최초양도인(A)에 대하여 직접 자기명의로 소
유권이전등기를 청구할 수 있기 위해서는 관계 당사자 전원의 의사합
치(중간생략등기의 합의, A-B-C간의 합의)가 요구된다는 것이 대법원의
확립된 견해라는 것을 바탕으로 하여, 최종양수인이 중간자로부터 소유
권이전등기청구권을 양도받았다고 하더라도 최초양도인(A)이 그 양도에
동의하지 않는 한, 최종양수인은 최초양도인에게 채권양도를 원인으로
하여 소유권이전등기를 청구할 수 없는 것으로 보았다.

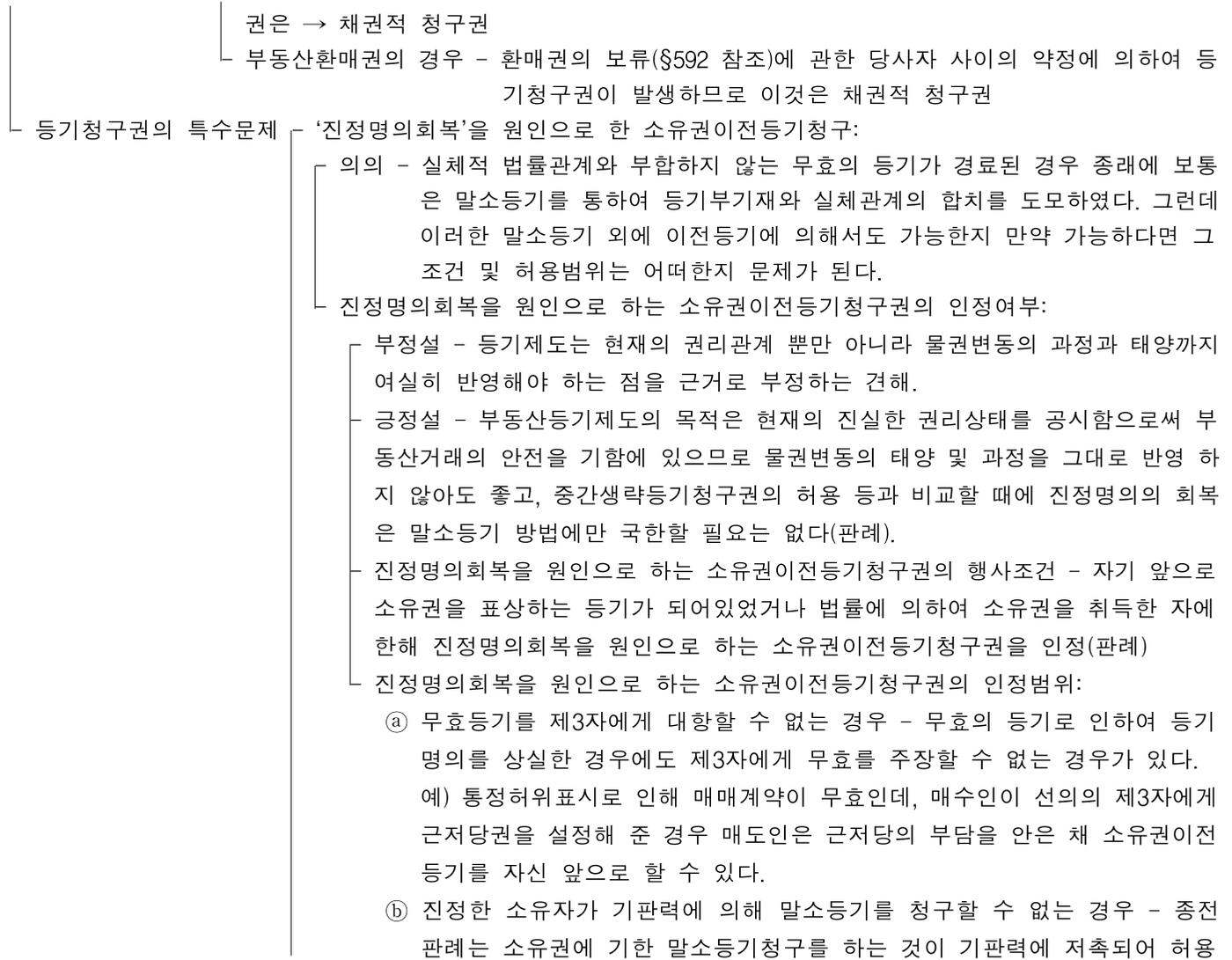
㉕등기청구권은 성질상 그 양도가 제한되기 때문이라는 판례 - 매매로
인한 소유권이전등기청구권은 특별한 사정이 없는 한 그 권리의 성질
상 양도가 제한되고 그 양도에 대하여 채무자의 승낙이나 동의를 요한
다고 할 것이므로 통상의 채권양도(§449)와는 달리 양도인의 채무자에
대한 통지만으로는 채무자에 대한 대항력이 생기지 않으며 반드시 채
무자의 동의나 승낙을 받아야 대항력이 생긴다.

그 밖의 경우

실체관계와 등기가 일치하지 않는 경우 - 예) A의 부동산을 B가 문서 위조하여 자기 명의
로 이전등기 한 경우, A는 소유권에 기한 방해제거청구권을 행사하여 B명의로 등기의 말소
청구 할 수 있다(§214). 이때의 등기청구권은 → 물권적 청구권

부동산점유취득시효(§245①) - 취득시효의 완성으로 점유자는 소유자를 상대로 소유권이전
등기청구권을 가지는데, 통설·판례는 그 성질을 채권적 청구권으로 파악

부동산 임차권의 경우 - §621①에서의 임대차등기에 협력할 것을 요구할 수 있는 등기청구



되지 않는 경우에도 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 허용하는 입장이었으나 그 후 태도를 바꾸어 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적근거와 성질이 동일하므로, 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야하고, 따라서 소유권이전등기말소청구 소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다고 판시하여 이를 부정하고 있다.

- ㉔ 무효등기에 기하여 순차로 등기가 경료되어 있는 경우 - 부동산에 관하여 원인무효의 등기가 순차로 경료되어 있는 경우 모든 중간명의인의 등기에 대해 차례로 말소를 구하는 것은 번거롭고, 혹 필수적 공동소송이 아닌 관계로 일부에 대해 패소를 당하면 궁극적인 권리실현을 할 수 없는 난점이 있다. 따라서 이 경우 최종등기명의인을 상대로 이전등기를 청구할 수 있다.

등기인수청구권 - 반대로 등기의무자가 등기권리자에게 등기이전을 해 갈 것을 청구할 수 있는 권리 → 판례 인정, 부동산법 §29

등기의 효력

본등기의 효력

- 권리변동적 효력 - 실제로 등기된 때부터 부동산물권변동의 효력이 생긴다(§186).
- 순위확정적 효력 - 동일 부동산에 대해 설정된 수개의 권리의 순위는 법률에 다른 규정이 없으면 등기의 전후에 의하여 결정된다(부동산법 §5①).
- 대항적 효력 - 부동산 제한물권(지상·전세·저당권 등)과 부동산을 목적으로 하는 채권(환매권·임차권)에 관하여는 일정한 사항(환매대금 및 환매기간·지상권의 존속기간 및 지료 등·전세권의 전세금 및 존속기간 등)을 등기할 수 있도록 하였는데, 이들 사항을 등기한 때에는(부동산법 §43·136·137·139·140·156) 그 내용을 제3자에 대하여도 주장할 수 있다.
- 추정적 효력 - 의의 - 어떤 등기가 존재하면, 그 등기의 유·무효와는 관계없이, 등기가 형식

적으로 존재한다는 사실로부터 등기된 대로의 권리관계가 존재하는 것으로 추정하게 하는 효력을 말한다.

- 추정력의 법적 성질 - 법률상 추정(통설·판례) → 반대사실에 대한 입증책임이 상대방에게 전환, 즉 등기 효력을 다투는 자가 그 무효사유를 적극적으로 주장·입증하여야 한다.
- 추정력이 미치는 범위
 - 추정은 권리의 등기에만 인정되고 사실의 등기, 즉 부동산의 표시에 관한 사항에는 인정되지 않는다.
 - 등기된 권리가 등기명의자에게 귀속하는 것으로 추정
 - 등기의 원인과 절차에서 적법하게 마쳐진 것으로 추정된다(판례)
 - 제3자뿐만 아니라 물권변동의 당사자간에도 미친다.
- 추정력의 부수적 효과 - 등기의 내용을 신뢰하고 거래한 제3자는 선의·무과실로 추정되며, 반면 선의라도 등기부를 조사하지 않은 자는 과실이 있는 것으로 추정된다. 즉 부동산 거래를 하는 자는 미리 등기부를 조사하는 것이 보통이므로 등기내용에 대한 악의가 추정된다.
- 추정력의 번복 - 추정력이 깨지는 경우:
 - ① 소유권이전등기의 경우
 - 전 소유명의자가 虛無人인 경우
 - 등기절차에 이상이 있음이 판명된 경우
 - 사망자 명의의 등기신청의 경우, 다만 등기의무자의 사망 전에 그 등기원인이 이미 존재하는 때에는 등기추정력은 유지된다(판례).
 - ② 소유권보존등기의 경우 - 소유권보존등기의 추정력은 등기명의인이 원시취득자가 아님이 증

명되면 깨진다.

㉟특별조치법에 의한 등기의 추정력 인정(판례 ☞ 교재 493면)

- 점유의 추정력과 관계 - §200는 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정하고 있는데, 이는 동산물권에만 적용되는 것이고 부동산물권에서는 점유가 아닌 등기에 권리추정력이 인정된다.

- 등기의 공신력은 인정되지 않는다.

가등기의 효력

- 가등기란? 본등기를 할 만한 실체법적 또는 절차법적 요건을 구비하지 못한 경우, 장차 행하여질 본등기의 순위를 보전해 주는 효력을 가지는 등기를 말한다.

유형

- 청구권보존의 가등기 - 부동산물권(소유·지상·지역·전세·저당·권리질권) 또는 임차권의 변동을 발생케 할 목적으로 하는 청구권을 보전하려 할 때 또는 이들 청구권이 시기부 또는 정지조건부이거나 기타 장래에 확정될 것인 때(예, 매매계약에 따른 권리) 할 수 있다(부등법 §3).

- 담보가등기 - '가등기 담보 등에 관한 법률'에 의해 규율

- 본등기 전의 가등기의 효력 - 가등기는 본등기 전에는 순위 보존적 효력만이 있을 뿐이다. 가등기인 상태만으로는 실체법상의 아무런 효력을 가지 않을 뿐만 아니라 가등기된 청구권의 기초인 법률관계가 존재한다는 추정력도 인정되지 않는다. 또한 가등기가 경료된 부동산에 관하여 매매계약이 체결된 경우에, 매도인은 매수인에 대하여 가등기를 말소할 의무를 부담한다.

- 본등기 후의 효력 - 순위보존의 효력에 의해 가등기에 의한 본등기가 경료되면, 본등기의 순위는 가등기의 순위에 의한다. 가령 저당권설정등기는 후순위로 된다.

- 절차 - 가등기도 공동신청이 원칙이지만, 가등기무자의 승낙서 또는 가등기가처분명령의 정본을 첨부하여 가등기권리자가 단독신청가능(부등법 §37·38), 후에 이루어질 본등기를 위해 그 아래 여백을 둔다. 한편 가등기 말소는 가등기명의인이 단독신청 가능.

- 판례) 가등기 후 본등기 전에 중간처분등기가(제3자에게 소유권이전등기 한 경우) 있는 경우 가등기권리자는 가등기의무자인 전 소유자를 상대로 본등기청구권을 행사, 가등기권리자가 본등기를 하면, 등기관은 가등기 후에 경로된 제3자의 본등기 직권말소, 그 이유는 본등기 하면 중간처분등기보다 등기순위에 앞서고, 따라서 가등기의무자로부터 가등기권리자에게 바로 이전된 것으로 되는 반면, 중간처분등기의 권리자는 무권리자인 가등기의무자로부터 권리를 양수한 것이 되기 때문에 등기관이 직권말소.
- 가등기상의 권리의전 - 소유권이전등기청구권을 보전하기 위해 가등기를 해둔 상태에서 그 소유권이전등기청구권을 제3자에게 양도한 경우에서와 같이 가등기에 의하여 보전된 청구권이 양도된 경우, 그 양도의 가등기, 즉 가등기의 가등기가 가능한가? → 종전판례는 부정하였으나 최근판례는 이를 긍정하고 있다 즉 가등기의 부가등기를 인정한다.

(b) 지상물에 관한 물권변동의 공시방법(입목등기·명인방법):

- 입목등기
 - 의의 - 토지에 부착된 수목의 집단으로서 그 소유자가 입목에 관한 법률에 의해 소유권보존의 등기를 받은 것을 입목이라 한다. 입목에 관하여는 먼저 입목등록원부에 등록을 하고 이를 토대로 입목등기부가 편성된다.
 - 입목의 법률관계 - 입목등기부에 소유권보존등기를 한 입목 → 독립된 부동산으로 보고, 양도·저당권설정도 가능
- 명인방법
 - 일반 수목이나 인삼·미분리과실·농작물 등의 소유권이 현재 누구에게 있다는 것을 명시하는 방법 예) 입목에 새끼줄을 치는 방법, “입산금지 소유자 아무”라는 풋말을 써서 붙인 경우
 - 관습법상 인정된 공시방법
 - 명인방법에 의한 물권변동
 - 물권변동의 요건
 - 명인방법이 갖추어진 때 물권변동이 생긴다(§186)
 - 명인방법은 계속 존속하고 있어야 한다.
 - 물권의 종류
 - 명인방법에 의해 공시되는 물권은 소유권에 한한다.
 - 양도담보는 소유권이전의 형식을 취하므로 명인방법을 이용할 수 있다.
 - 다른 공시방법과의 우열 - 명인방법과 등기의 선후에 의해 그 우열이 정해진다.

☞ 등기청구권 관련 사례연습 - 교재 484면