



## 저작자표시 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#) 

法學碩士學位論文

不動產 殘金 支給 후 所有權 移轉 登記를  
하지 않은 買受人의 法的 地位



2015年 2月

釜慶大學校 大學院

法 學 科

梁 基 周

法學碩士學位論文

不動產 殘金 支給 후 所有權 移轉 登記를  
하지 않은 買受人의 法的 地位

指導教授 최 명 구

이 論文을 法學碩士學位 論文으로 提出함



2015年 2月

釜慶大學校 大學院

法 學 科

梁 基 周

# 梁基周的 法學碩士 學位論文을 認准함

2014年 12月 日



主審 法學博士 고 명 식 (印)

委員 法學博士 김 두 진 (印)

委員 法學博士 최 명 구 (印)

# = 목 차 =

|                                                      |           |
|------------------------------------------------------|-----------|
| ABSRTACT .....                                       | iv        |
| <b>제1장 서론 .....</b>                                  | <b>1</b>  |
| 제1절 문제의 제기 .....                                     | 1         |
| 제2절 연구방법 및 범위 .....                                  | 3         |
| <b>제2장 부동산물권의 변동 .....</b>                           | <b>5</b>  |
| 제1절 부동산물권변동의 개념과 원인 .....                            | 5         |
| 1. 물권변동의 개념 .....                                    | 5         |
| 2. 부동산물권의 변동 원인 .....                                | 6         |
| (1). 법률행위에 의한 물권변동 .....                             | 6         |
| (2). 법률행위에 의하지 않는 물권변동 .....                         | 7         |
| 제2절 물권변동의 공시 .....                                   | 8         |
| 1. 물권공시의 필요성 .....                                   | 8         |
| 2. 부동산물권의 공시제도 .....                                 | 9         |
| 3. 공시방법이 공시하는 내용 .....                               | 9         |
| <b>제3장 공시의 원칙과 공신의 원칙 .....</b>                      | <b>11</b> |
| 제 I 절 서론 .....                                       | 11        |
| 1. 개설 .....                                          | 11        |
| 2. 공시의 원칙(Grundsatz der Offenkündigkeit) .....       | 12        |
| 3. 공신의 원칙(Grundsatz des öffentlichen Glaubens) ..... | 13        |
| 제 2절 부동산 등기의 공시력과 공신력 .....                          | 14        |
| 1. 서론 .....                                          | 14        |

|                                                                  |           |
|------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2. 부동산 등기의 공시력 .....                                             | 15        |
| 3. 부동산 등기의 공신력 .....                                             | 16        |
| 제3절 부동산 등기의 공신력 인정의 필요성 .....                                    | 17        |
| 1. 부동산 등기에 대한 공신력 인정의 필요성 .....                                  | 17        |
| 2. 공신력 인정의 필요성에 대한 외국법제의 태도 .....                                | 23        |
| 제4절 부동산 등기에 대한 공신력 부여를 위한 전제요건 .....                             | 26        |
| 1. 부동산 등기에 대한 공신력 인정의 전제 .....                                   | 26        |
| 2. 부동산 등기에 대한 공신력 부여를 위한 요건 .....                                | 27        |
| 제5절 부동산 등기에 대한 공신력 부여의 효력 .....                                  | 29        |
| 1. 권리취득의 법적 성질 .....                                             | 29        |
| 2. 공신력의 인정범위 .....                                               | 30        |
| 제6절 소 결 .....                                                    | 31        |
| <br><b>제4장 부동산 등기청구권 .....</b>                                   | <b>34</b> |
| 제1절 등기청구권의 개념 .....                                              | 34        |
| 제2절 등기청구권의 발생원인과 법적성질 .....                                      | 35        |
| 1. 학설 .....                                                      | 35        |
| 2. 판례 .....                                                      | 37        |
| 제3절 등기청구권과 소멸시효 .....                                            | 39        |
| 1. 연혁 .....                                                      | 39        |
| 2. 등기청구권이 소멸시효에 걸리지 않는지에 대한 검토 .....                             | 41        |
| 4. 소 결 .....                                                     | 46        |
| <br><b>제5장 부동산 잔금 지급 후 소유권 이전 등기를 하지 않은<br/>매수인의 법적 지위 .....</b> | <b>48</b> |
| 제1절 매수인의 채권자로서의 법적 지위 .....                                      | 48        |

|                                                               |        |
|---------------------------------------------------------------|--------|
| 1. ‘매각되어 인도된 물건의 항변’(exceptio rei venditae et traditae) ..... | 48     |
| (1) 개념 및 연혁 .....                                             | 48     |
| (2) 적용범위 .....                                                | 49     |
| (3) 인정근거에 대한 검토 .....                                         | 49     |
| 2. 부동산 이중매매에서 제1매수인의 법적 지위 .....                              | 51     |
| (1) 불법행위 및 채무불이행에 기한 권리 .....                                 | 52     |
| (2) 부동산 소유권의 회복가능성 .....                                      | 52     |
| 제2절 물권적 기대권이론에 따른지위 .....                                     | 57     |
| 1. 독일의 물권적 기대권이론 개요 .....                                     | 57     |
| 2. 우리나라에서 물권적 기대권이론의 실익 .....                                 | 58     |
| (1) 절대성과 배타성 .....                                            | 58     |
| (2) 부동산에 대한 사용·수익권능 .....                                     | 59     |
| (3) 부동산에 대한 처분권능과 양도성 .....                                   | 59     |
| (4) 등기청구권의 법적 성질 .....                                        | 60     |
| (5) 중간생략등기에 있어 등기청구권자의 보호 .....                               | 60     |
| (6) 부동산물권변동의 의의와 원인 검토 .....                                  | 61     |
| 제3절 점유자로서의 지위 .....                                           | 61     |
| 제4절 소결 .....                                                  | 62     |
| <br>제6장 결 론 .....                                             | <br>64 |
| <br>참고 문헌 .....                                               | <br>66 |

The legal status of the buyer has not paid the balance due prior to registration of ownership of real estate after

Gi Ju Yang

*Department of Law, The Graduate School,*

*Pukyong National University*

### Abstract

In real right fluctuation by juristic act, there are necessary requirements to be fulfilled. Over an immovable, an agreement on a real right and registration (Civil Act Article 186) and over a movable, an agreement on a real right and delivery should take place (Civil Act Article 188) in order for real right fluctuation to be effective.

In Germany, regarding real estate ownership transfer, there shall be an obligation act and a real right act with additional formality, thereby recognizing necessity of real right contract. In this sense, act of real right is an agreement on change of real right to bring about real estate real right fluctuation with necessary obligation act and separate form. For real right fluctuation in Germany, obligation act, real right act, and registration are all needed. However, in case of Korea where an expressive provision does not exist, there is no need for real right act. Despite these requirements during real estate transaction process where the purchaser pays the balance and possesses every document on ownership transfer registration, in reality, some cases occur in which the purchaser does not transfer registration of ownership under actual title and just take delivery of an immovable from the vendor and then uses and benefits from it. Taking a closer look at real estate purchase and sale process, first, people concerned with juridical relations of real estate shall agree on the purchase and sale agreement of the real estate, secondly draw up a contract, and then on the

payment date of a remaining balance, the purchaser shall pay the price of purchase and sale, and this is when finally the vendor and the purchaser are under the relation of concurrent condition (Civil Act 536). With this and the payment, the entire document required for registration is handed over to the purchaser.

Also, the current Article 186 of the Civil Act adopted legal formalism by providing, “The acquisition, loss of, or any alteration in, a real right by a juristic act over an immovable takes effect upon its registration.” Therefore, even if purchaser is in use of and benefiting from real estate, which is the object of purchase and sale, without ownership transfer registration, the purchaser cannot obtain ownership.

Regarding this, legal protection of real estate purchaser who has not processed the ownership transfer registration of the object real estate becomes problematic, but the current Civil Act does not state this matter.



## 제1장 서론

### 제1절 문제의 제기

법률행위에 의한 물권변동의 경우에 일정한 요건을 갖추어야 한다. 즉 부동산거래에서 물권적 합의와 등기를 하여야 하고, (민법 제186조) 동산의 경우에는 물권적 합의와 인도가 있어야 (민법 제188조) 물권변동의 효과가 발생한다.

이러한 요건 중 부동산의 거래과정에서 매수인이 그 잔금을 지급하고 소유권 이전등기에 필요한 일체의 서류를 보유하고 있음에도 불구하고 자기 명의의 소유권 이전 등기를 하지 아니한 채 매도인으로부터 목적 부동산을 인도받아 사용·수익하고 있는 경우가 현실적으로 빈번히 발생한다. 구체적으로 부동산의 매매과정을 살펴보면 먼저 부동산의 법률관계의 당사자가 부동산의 매매조건에 관해서 합의를 한 후 계약서를 작성하고 결정된 잔금 일자에 매수인이 부동산매매대금인, 그 잔금을 지급하면 매도인과 매수인은 동시이행의무 관계에 놓여지며, (민법 제536조) 이와 상환으로 등기에 필요한 일체의 서류를 매수인에게 교부한다. 그리고 현행 민법은 제186조에서 「부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다」라고 규정 함으로써 형식주의를 채택 하였다. 따라서 매수인이 매매 목적물인 부동산을 인도받아 사용·수익하고 있더라도 소유권 이전 등기를 하지 않는한 매수인은 소유권을 취득하지 못한다.

여기에서 매수인이 목적부동산의 소유권 이전 등기를 하지 않은 부동산 매수인의 법적 보호문제가 대두되는데, 현행 민법에는 이에 대한 언급이 없고, 일부 특별법<sup>1)</sup>에서 ‘사실상의 소유자’라는 개념을 사용하여 규정하고 있을 뿐이다.

1) 「분배농지소유권이전예관특별조치법」 제2조에서 ‘사실상의 소유자’, 「임야소유권이전등기에관한 특별조치법」에서 ‘임야의 등기를 이어받은 등기하지 못한 자’, 「부동산소유권이전등기에관한 특별조치법」 제5조 제1항에서 ‘사실상의 소유자’라는 표현을 하고 있는데, 이러한 규정을 둔 특별법의 의도는 등기전 매수인을 소유자에 준하여 보호하려는 것으로 이해된다.

그리하여 부동산 소유권 이전 등기를 하지 않은 매수인을 보호하기 위하여 그 법적 지위를 어떻게 설명할 것인가에 관한 논의가 있어온 바, 여기에 관하여 학설은 첫째, 물권적 기대권으로 보호하여야 한다는 견해<sup>2)</sup> 둘째, 민법 제213조 단서에 기하여 매수인은 로마법상 인정되었던 「매각되어 인도된 물건의 항변」(exceptio rei venditae et traditae)을 매수인에게 인정하자는 견해<sup>3)</sup> 그리고 판례는, 부동산매수인이 아직 소유권 이전 등기를 경료받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 부동산을 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리가 생기게 된 것으로 보아야 하고, 또 매수인으로부터 다시 위 부동산을 매수한 자는 위와 같은 부동산의 점유 사용권을 취득한 것 이므로, 매도인은 매수인이나 그로부터 다시 매수한 자에 대하여 소유권에 기한 물권적 청구권을 행사할 수 없다고 한다.<sup>4)</sup>

여기서 매매계약에 의하여 부동산을 제1매수인에게 매도하고 아직 등기 부상의 소유명의를 매도인에게 남아 있는 동안 이러한 점을 악용하여 매도인이 그 부동산을 제2매수인과 별도의 매매계약을 체결하고, 이전 등기까지 경료하는 경우가 발생하는 바, 이를 이중매매라고 한다.

부동산의 이중매매가 반사회적 법률행위로서(민법 103조) 무효가 되기 위해서는 매도인의 배임행위와 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담한 행위로 이루어진 매매로서, 적극 가담하는 행위는 매수인이 다른 사람에게 매매목적물이 매도된 것을 안다는 것만으로는 부족하고, 적어도 그 사실을 알고도 매도를 요청하여 매매계약에 이르는 정도가 되어야 한다.<sup>5)</sup>

이 경우 가장 문제가 되는 것은 매도인과 제2매수인의 매매계약의 유효성 여부이다. 만약 매매계약이 유효하다면 제1매수인이 보호받지 못한다는 불합리한 결과가 발생하게 되고, 무효라고 한다면 제2매수인으로부터 다시 매수한 선의의제3자의 보호의 문제가 발생한다. 본고에서는 이러한 문제를 중심으로 부동산 이중매매의 법리에 관한 학설을 검토한 후 판례의 동향을 살펴보고자 한다.

2) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 171쪽.

3) 박윤직, 물권법, 박영사, 1990, 179쪽.

4) 대법원, 1988. 4. 25. 선고 87다카1682 판결; 대법원 1998. 6. 26. 선고 97다42823 판결; 대법원, 2001. 12. 11. 선고 2001다45355 판결.

5) 대법원, 1994. 3. 11. 선고 93다55289 판결.

그리고 이하에서 부동산 잔금 지급 후 소유권 이전 등기를 하지 않은 매수인의 법적 지위에 관하여 앞의 두 견해를 중심으로 그 타당성을 검토하고자 한다.

## 제2절 연구방법 및 범위

본 논문의 연구방법은 문헌조사방법으로 미등기 부동산의 매수인의 법적 지위와 관련하여 국내외서 발간된 저서와 논문들, 행정기관의 관련자료, 기타 간행물을 참고하여 연구 하였으며, 필요한 부분에 대하여는 전문가와 학자들의 조언 및 자문을 구하였다.

특히, 국내문헌은 국회도서관 인터넷 홈페이지를 이용하여 관련 연구보고서, 정책자료, 논문 등을 활용하였다.

연구범위는 부동산 소유권 이전 등기를 하지 않은 매수인의 법적 지위를 단순한 채권자 내지 매수인으로서의 지위라는 관점에서 설명하는 견해, 물권적 기대권자로서 보호해 주어야 한다는 견해 등이 있다. 본 논문에서는 위 두가지설에 입각하여 지금까지 전개된 학설, 판례의 이론을 중심으로 비교법학적, 법해석학적 방법으로 하여 제5장 제1절에서는 채권자 내지 매수인으로서의 지위, 제2절1,에서는 독일의 물권적 기대권을, 제2절2,에서는 우리나라의 물권적 기대권을 각각 전개비판하고, 부동산소유권이전등기를 하지 않은 매수인의 법적 지위를 설명하고자 한다. 이를 바탕으로 향후 변화에 대하여 예지하는 능력을 키워 필요시 활용하는 방향으로 연구를 전개하였다. 본 연구는 다음과 같이 6개장으로 진행될 것이다.

제1장에서는 서론으로 본 논문의 목적, 연구범위와 방법을 제시하였다. 제2장에서는 부동산물권변동의 개념, 의의, 원인을 살펴보고, 법률행위에 의한 물권변동(민법 제185조)과 법률행위에 의하지 않는 물권변동 및 공시제도에 대하여 살펴보았다. 제3장에서는 공시의 원칙과 공신의 원칙, 그리고 공신력 인정에 대한 필요성 등을 분석하였다. 제4장에서는 등기청구권의 개념, 법적성질, 소멸시효, 효력등을 살펴보았다. 제5장에서는 부동산

잔금 지급 후 소유권 이전 등기를 하지 않은 매수인의 법적 지위 등을 분석하고, 제6장에서는 전체내용을 정리하면서 결론을 내리는 것으로 하였다.



## 제2장 부동산물권의 변동

### 제1절 부동산물권변동의 개념과 원인

#### 1. 물권변동의 개념

물권의 변동은 물권의 발생·변경·소멸을 말한다. 물권의 주체의 관점에서는 물권의 취득·변경·상실이 된다. 물권변동의 민법 제186조는 물권의 “득실변경”이라고 표현하고 있다. 물권변동을 그 내용에 따라서는 위와 같이 정의할 수 있지만, 물권의 주체에 따라서 정의해 보면, 물권의 변동은 물권의 득실변경(민법 제186조)을 의미한다. 즉 물권의 취득, 상실 및 변경을 말한다.

물권의 발생에는 절대적 발생과 상대적 발생이 있다. 전자는 전에 없었던 물권이 이 사회에 하나 새로 발생하는 것이며, 주체를 중심으로 보면 원시취득이 이에 해당한다. 예컨대 시효취득, 유실물습득, 선의취득, 매장물발견, 무주물선점 등이 이에 속한다<sup>6)</sup>.

후자는 물권의 상대적 발생으로 타인이 가지고 있었던 기존의 물권이 승계되어 다른 사람에게 권리가 발생하는 것을 의미한다. 승계취득은 다시 이전적 승계와 설정적 승계로 나뉘는데 “이전적 승계”란 매매나 상속등에 의하여 전주가 가지고 있던 물권이 남김없이 승계인에게 그대로 승계되는 것을 의미하고, “설정적 승계”란 소유자로부터 지상권이나 저당권을 설정받는 것과 같이 전주의 권리 내용의 일부만을 승계하는 것을 의미한다. 이전적 승계는 다시 특정승계와 포괄승계로 나누어지는데, “특정승계”는 하나의 취득원인에 의하여 하나의 물권을 취득하는 것을 말하고, “포괄승계”란 하나의 취득원인에 의하여 전주의 권리를 모두 취득하는 것을 말한다. 예를 들면, 매매에 의한 승계는 특정승계이고, 상속에 의한 승계는 포괄승계이다<sup>7)</sup>.

6) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 55쪽.

7) 최명구, 물권법, 부경대학교 출판부, 2011, 23-24쪽.

물권의 소멸에도 역시 절대적 소멸과 상대적 소멸이 있다. 전자는 이 사회에서 기존의 물권이 완전히 없어지는 것이며, 후자는 물권 그 자체는 존속하지만 물권이 타인에게 이전되어 종래의 주체가 물권을 잃는 것, 즉 물권을 상실하는 것을 말한다. 전자의 예로서는 물권의 포기, 목적물의 멸실 등을 들 수 있으며, 후자의 예로서는 매매 등에 의한 전주의 소유권상실을 들 수 있다. 상대적 소멸은 이전적 승계를 전주의 입장에서 본 것이다.

물권의 변경은 물권의 동일성을 유지하면서 물권주체, 내용 또는 효력이 변경되는 것을 말한다. 주체의 변경은 이전적 승계에 해당한다. 내용의 변경은 객체인 물건의 증감, 저당권에서의 피담보채권의 이율의 변경, 소유물 위의 제한물권의 설정 등이 이에 속한다. 효력의 변경은 2번저당권이 1번저당권으로의 순위승진을 그 예로 들 수 있다<sup>8)</sup>.

## 2 부동산물권의 변동 원인

### (1). 법률행위에 의한 물권변동

민법 제186조 (부동산물권변동의 효력) 부동산에 관한 “법률행위”로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.

(1) 민법 제186조는 “부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다”고 규정함으로써 법률행위에 의한 부동산물권변동에 관해 형식주의(독일법주의)를 채택하고 있다.

(2) 법률행위에 의한 부동산물권변동의 요건은 법률행위와 등기 두 가지이다. 즉, 목적부동산의 인도는 그 요건이 아니다.

(3) 등기가 요구되는 부동산물권은 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 저당권, 권리질권의 6가지가 있다. 부동산물권 중 점유권과 유치권은 성질상

8) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 56쪽.

등기를 필요로 하지 않는다<sup>9)</sup>.

## (2). 법률행위에 의하지 않는 물건변동

민법제 187조(등기를 요하지 아니하는 부동산물권변동)

상속, 공용징수, 경매, 판결, 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.

(1) 법률행위에 의하지 않는 물권의 변동은 “상속, 공용징수, 경매, 판결, 기타 법률의 규정”에 의한 물권의 변동으로서 흔히 “법률의 규정에 의한 물권의 변동”이라고 하지만 법률의 규정에 의한 경우에 한정되지 않고, 당사자에 기하지 않는 물권의 변동을 총칭한다. 여기서 상속에 의한 부동산 물권의 취득시점은 피상속인의 사망시점이다(민법 제997조), 상속에 준하는 포괄유증(민법 제1078조), 회사의 합병(상법 제239조~제269조)등으로 인한 포괄승계에 의한 물권취득도 등기를 필요로 하지 않는다. “공용징수”란 공익을 위하여 개인 소유권 기타 재산권을 강제로 이전시키는 제도이다. 물권취득시점은 협의수용시에는 협의에 의하여 정하는 시점이고, 재결수용의 경우에는 재결에서 정한 시점이다. 공용징수에 의한 물권취득은 보상금지급을 전제로 하기 때문에 보상금지급이 없는 경우에는 물권취득 효력을 상실한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제42조), 판결이란 형성판결만의 의미함으로써, 사해행위취소의 판결, 공유물 분할판결(민법 제269조1항), 상속재산분할판결(민법 제1013조2항)등이 이에 속한다. 또한 경매란 공·경매만 말하는 것으로써, 채무의 강제집행을 위한 강제경매, 담보권의 실행을 위한 경매, 국세징수법에 의한경매 등이 이에 속한다.

(2) 그 밖에 민법 제187조가 열거하는 “기타 법률의 규정”에 의한 물권의 변동에는 취득시효(민법 제245조 이하), 무주물 선점(민법 제252조),

9) 이종선, 민법 및 민사특별법, 랜더서쿨, 2014, 259쪽.

매장물 발견(민법 제254조), 침부(민법 제256조), 소멸시효(민법 제162조), 혼동(민법 제191조), 몰수(형법 제48조)등이 있다. 이와 같은 법률행위에 의하지 않은 물권변동의 원인이 되는 법률요건을 첫째, 물권의 취득원인이 되는 것으로 소유권에 규정하고 있고, 둘째, 물권의 내용변경의 원인이 되는 것으로 주로 담보물권(민법 제320조 내지 민법 제372조)에서 찾아볼 수 있으며 셋째, 물권의 소멸원인이 되는 것으로 소멸시효, 목적물의 멸실, 혼동 등등이 이에 해당된다.<sup>10)</sup>

## 제2절 물권변동의 공시

### 1. 물권공시의 필요성

물권에는 배타성이 있으므로, 물권의 내용과 변동을 어떠한 외부적 표상에 의하여 인식할 수 있게끔 하지 않으면, 일반 제3자에 대하여 불측의 손해를 주게 될 염려가 있고, 그것은 결국 거래의 안전을 해치게 된다.

따라서 물권의 변동을 일반 제3자가 용이하게 인식할 수 있는 공시의 방법이 요구되고, 또한 그러한 공시를 신뢰한 자를 어떻게 보호할 것인가 하는 점이 문제된다.

이와 같은 필요성에 의하여 근대법은 공시제도 내지 공시방법을 마련하였다. ① 부동산물권에 관해서는 등기, ② 동산물권에 관해서는 점유, ③ 입목에 관한법률의 적용을 받는 수목의 집단에 관해서는 등기가 그 것이며, ④ 입목에 관한법률의 적용을 받지 않는 수목의 집단, 미분리의 과실 등에 관해서는 관습법상의 명인방법이 공시방법으로 이용되고 있다.

10) 최명구, 물권법, 부경대학교 출판부, 2011, 24~26쪽.

## 2. 부동산물권의 공시제도

부동산물권의 존재 및 변동은 등기에 의하여 공시한다. 등기란 등기부라는 일정한 공부에 부동산물권을 공시하는 제도로서, 부동산물권의 거래안전에 이바지할 수 있도록 근대법이 창안한 매우 훌륭한 법 기술적인 제도이다.

근대적 등기제도의 창설은 저당제도의 발달과 그 궤를 같이 한다. 근대 이전에도 부동산에 관한 공시방법이 전혀 없었던 것은 아니지만, 근대적 등기제도는 중세 도시에서 부동산을 자금화할 필요성에서 이용되기 시작하였다. 부동산의 현실적인 지배(점유)를 수반하지 않는 저당권을 설정하여, 그것을 자금화하기 위해서는, 일정한 장부를 비치하고 거기에 저당권의 내용을 기재하는 방법으로 이루어졌다. 그리하여 부동산등기는 저당권부터 이루어져서, 점차 소유권 기타 다른 물권으로 확대되었다. 한편 토지세의 확보를 위하여 정비된 지적제도는, 부동산등기제도의 창설을 기술적으로 가능하게 하였다. 왜냐하면 등기제도는 정확한 지적의 완비에 의해서만 성립할 수 있기 때문이다. 오늘날 부동산등기제도는 부동산물권의 존재 및 변동을 공시함으로써, 부동산거래의 안전에 이바지하고 있다.

우리나라의 부동산물권 공시제도는, 토지가옥증명규칙(1906년)에 의한 토지가옥증명제도가 일부 지역에 잠정기간 동안 이용되다가, 조선부동산등기령(1912년3월18일 제령 제9호)에 의하여 일본의 부동산등기법이 의용됨으로써, 근대적 등기제도가 도입, 시행되었다. 그 후 민법의 제정, 시행과 함께 현행 부동산등기법이 제정되어 보다 더 완비된 등기제도를 가지게 되었다.<sup>11)</sup>

## 3 공시방법이 공시하는 내용

공시방법이 공시하는 것이 물권의 변동인가, 물권 자체인가에 관하여 논의가 있다. 일부 견해는 물권의 변동을 공시한다고 하나<sup>12)</sup>, 1차적으로는

11) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 58~59쪽.

물권변동을 공시하지만 그와 함께 물권의 존재도 공시하는 것으로 보아야 한다는 견해<sup>13)</sup>도 있다. 생각건대 물권변동에 관하여 성립요건주의(형식주의)를 취하고 있는 우리 민법상 공시방법은 당연히 물권의 변동을 공시한다고 하여야 한다. 그러나 공시방법의 공시기능이 그것에 그치지 않는 것이다. 물권변동이 이루어진 후에는 현재의 물권의 존재를 공시한다고 할 것이다. 특히 공신의원칙이 채용된 분야에 있어서 그렇다, 이와 같이 파악하는 경우에, 부동산물권에 관하여는 등기가 그 두가지의 공시를 하게 되나, 동산물권에 관하여는 물권변동은 점유의 이전 인도가 공시하고, 현재의 물권은 점유가 공시하게 된다<sup>14)</sup>.

등기, 인도의 물권공시방법은 1차적으로는 물권변동을 공시하는 것이지만, 그와 함께 물권의 존재도 공시하는 것으로 보아야 할 것이다. 등기는 부동산물권변동의 성립요건일 뿐만 아니라, 등기부에 부동산물권변동의 과정을 기재하므로, 부동산물권의 변동과정을 공시함에 틀림없다. 그러나 한편, 현재 등기명의자로 등기되어 있는 자에게는 물권의 귀속이 추정되며, 등기된 상태 그대로가 진실한 물권상태인 것으로 추정된다. 그리고 중간생략등기는 물권변동의 과정을 진실하게 공시하지 못한다 하더라도, 현재 물권의 상태를 공시하고 있으며, 그리고 여러 차례 한시적으로 제정된 바 있는 각종의 부동산등기에 관한 특별조치법에 대한 등기는 사실상의 소유가 단독으로 등기신청하여 이루어진 등기이다. 이러한 등기는 부동산물권의 변동을 공시 하였다. 고 볼 수는 없으며, 오히려 현재의 상태를 공시하고 있을 뿐이다. 그러므로 등기는 부동산물권의 변동을 공시하면서 부동산물권의 존재도 공시한다.

동산물권의 공시방법인 점유의 이전, 즉 인도도 점유와의 관계에서 인도는 점유이전의 행위만을 강조한 것인데 반해, 점유는 결과만을 강조한 것이다. 인도와 점유를 엄격히 구별해서 고찰하기보다는 종합적으로 파악함이 타당하다. 인도에 의해서 동산물권의 변동 및 존재를 공시하는 것으로 봄이 적절하다. 특히 점유에는 공신력이 인정되고, 인도는 등기와는 달리 공적 장부에 기재할 수 없기 때문에, 인도과정을 확연하게 파악할 수가 없다. 그러므로 인도, 점유는 동산물권의 존재를 공시하는 기능이 강하다.<sup>15)</sup>

12) 장경학, 물권법, 법문사, 1978, 143쪽.

13) 장경학, 물권법, 법문사, 1978, 62쪽.

14) 송덕수, 물권법, 박영사, 2013, 45~46쪽.

## 제3장 공시의 원칙과 공신의 원칙

### 제 I 절 서론

#### 1. 개설

물권에는 배타성이 있으므로 물권변동 및 물권의 현상을 공시해서 물권을 거래하는 자의 보호가 필요함은 이미 설명 하였다. 물권의 공시방법이 그 기능을 다하기 위해서는 공시의 원칙(Publisitatsprinzip, Grundsatz der Offenkündigkeit)과 공신의 원칙(Grundsatz des öffentlichen Glaubens) 양자 또는 어느 하나를 인정 하여야만 한다.

공시의 원칙은 물권변동을 외부에서 알 수 있도록 일정한 표상(등기, 인도, 등록)을 갖추어야 한다는 원칙이다. 공시에 의하여 당사자 사이에는 물론, 제3자에 대해서도 물권변동이 있다는 것이 확인된다. 그러한 공시방법을 갖추지 않으면 물권변동의 효과는 부인되므로, 공시의 원칙은 공시가 없는 한 물권변동은 없었을 것이라고 믿는 소극적 신뢰를 보호한다.

공신의 원칙은 물권의 존재를 추측케 하는 표상(등기, 점유), 즉 공시방법을 신뢰하고 거래한 자가 있는 경우, 비록 그 공시가 실제적 권리관계와 일치하지 않더라도, 공시된 대로 물권이 존재하는 것으로 믿은 때에, 그의 신뢰를 보호하여 신뢰한 대로 법적 효과를 인정하는 원칙이다. 즉 물권 존재의 외관을 신뢰한 자에게 공시된 대로의 물권을 취득을 인정하는 원칙으로서, 외관을 신뢰한 자의 적극적 신뢰를 보호하고자 하는 원칙이다. 이 공신의 원칙에 의하면 거래의 안전은 확보되고, 선의의 제3자는 보호되지 만 진정한 권리자는 희생된다.

공시의 원칙과 공신의 원칙에 관한 각국의 입법례는 동일하지 않다. 독일민법에서는 부동산물권과 동산물권 모두에 공시의 원칙과 공신의 원칙이 관철되고 있다. 프랑스민법에서는 부동산물권에는 공시의 원칙만이, 동산물권에는 공신의 원칙만을 인정하고 있으며, 일본민법은 부동산에 관하여

15) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 63쪽.

는 공시의 원칙만을, 동산에 관하여는 두 원칙을 모두 인정하고 있다.

우리나라에서는 부동산물권에는 공시의 원칙이, 동산물권에는 공시의 원칙과 공신의 원칙 모두를 채용 하였다.<sup>16)</sup> 주의할 점은, 위에서 기술한 바와 같이, 두 원칙의 채용에 관하여 우리 민법의 태도는 일본민법과 같으나, 공시의 원칙의 구체적인 내용이 두 법칙에서 차이가 있다는 점이다.<sup>17)</sup>

## 2. 공시의 원칙(Grundsatz der Offenkündigkeit)

### (1) 의의

물권의 변동은 언제나 외부에서 인식할 수 있는 표상을 갖추어야 한다는 원칙이 공시의 원칙이다. 즉 공시방법 (부동산물권변동은 등기, 동산물권변동은 인도)을 언제나 갖추어야 한다는 원칙이다. 바꾸어 말하면 공시방법을 갖추지 않으면 물권변동의 효과는 생기지 않는다는 원칙이다<sup>18)</sup>.

공시의 원칙을 공시주의라고도 하며, 공시의 원칙에 의하여 공시 그 자체에 인정되는 효력을 공시력이라 한다. 이러한 공시의 원칙은 물권거래의 안전을 위하여 인정되는 원칙이다.

물권의 변동이나 기타 법률관계에 대하여 일정한 형식을 갖추는 것을 요구하는 것은 고대의 법제에 이미 존재 하였다. 그러나 고대의 형식주의는 점차 관념화되어, 근대법에서는 개인의 이성에 기한 의사를 최고도로 존중함으로써, 형식으로부터 이탈하고자 하였다. 이러한 경향은 채권관계에서 가장 두드러지게 나타났다. 그러나 물권과 같은 배타성이 강한 권리의 변동은 법률관계의 명확성과 제3자의 보호를 위해서, 법정의 형식을 갖추는 것이 필요하여 공시의 원칙이 관철되고 있다<sup>19)</sup>.

공시의 원칙은 부동산 물권의 변동 외에도 다른 사권에 관해서도 인정되고 있다. 재산법적 분야에서는 물권 이외에 채권의 양도(민법 제812조 참

16) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 63~64쪽,

17) 송덕수, 물권법, 박영사, 2013, 46쪽.

18) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 65쪽.

19) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 64쪽,

조)에도 인정되고 있으며, 특별법으로는 광업권, 어업권, 무체재산권 등도 그 대상이 되고 있다. 또한 주택임대차보호법이 입주와 주민등록을 임차권의 공시방법으로 인정하고 있으며 신분법 분야에서는 예컨대 혼인(민법 812조 참조), 인지(민법 제859조 참조), 입양(민법 제859조 참조), 등과 같은 기본적 신분관계의 변동에 관해서는 예외 없이 법에 따라 신고와 등록이라는 형식의 공시방법이 확립되고 있다.

공시를 강제하는 방법은 크게 성립요건주의와 효력요건주의로 나누어진 다. 성립요건주의는 공시방법을 갖추지 않을 경우 제3자에 대한 관계에 있어서는 물론, 당사자 간에도 물권변동이 발생하지 않는 것으로 하는 원칙 이고, 효력요건주의는 공시방법을 갖추지 않더라도 당사자 사이에서는 물 권변동이 일어나지만, 공시방법을 갖추어야만 그 물권변동을 3자에게 대항 하지 못하는 것으로 하는 것이다.<sup>20)</sup>

### 3. 공신의 원칙(Grundsatz des öffentlichen Glaubens)

#### (1) 의의

공신의 원칙이란 물권의 존재를 주축케 하는 표상, 즉 공시방법이 갖추 어지면 그 표상이 진실한 실체적 권리관계와 불일치하더라도, 그 표상을 믿고 거래한 자의 신뢰를 보호하여야 한다는 원칙이다. 이를 공신주의라고 도 하며, 이와 같이 외부적 표상을 신뢰하고 거래한 자에 대하여 그가 신 퇴한 대로 효력을 발생시키는 힘을 공신력이라 한다.<sup>21)</sup>

물권변동에 관하여 공시의 원칙이 관철되어 있으면, 동산의 점유자는 그 물건에 관하여 물권을 가지고 있는 것으로 추정되고, 등기되어 있으면 부 동산물권이 존재하고, 등기가 말소되어 있으면 부동산물권은 소멸한 것으 로 추정된다. 그러나 표상이 있다고 해서 언제나 그 표상에 일치하는 실체 적 권리가 존재한다고는 할 수 없다. 따라서 표상을 신뢰하고 거래한 자라 하더라도 물권을 취득할 수 없는 경우가 생긴다. 그렇게 되면 공시의 원칙

20) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 64쪽.

21) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 65쪽.

이 관철되었다 하더라도, 그것만으로써는 물권거래의 안전과 신속을 확보할 수 없다. 뿐만 아니라 물권의 표상인 등기나 점유를 신뢰하여도 보호받지 못하므로, 표상이 있는 경우에는 과연 실체적 권리가 존재하는가 존재하지 않는가를 거래시에 조사하여야 한다. 그런데 조사를 한다 하더라도 그 조사가 용이한 일이 아닐 뿐만 아니라, 조사결과가 언제나 확실한 것일 수도 없다. 따라서 표상과 실체적 권리가 다른 경우에 그 표상을 신뢰한 자에게 그 표상대로의 물권취득을 인정한다면, 물권거래의 안전과 신속을 확실하게 확보할 수 있다. 여기에 공신의 원칙이 관철되어야 할 필요성과 목적이 있다.<sup>22)</sup>

## 제 2절 부동산 등기의 공시력과 공신력

### 1. 서론

부동산 거래의 안전을 위하여 등기에 공신력을 인정하는 것이 필요하다. 그러나 등기의 공신력을 인정하여 거래안전을 기하는 것은 부동산 거래에서 등기를 신뢰하고 거래한 상대방은 보호를 받게 되지만, 그러나 진정한 권리자는 자기의 권리를 잃게 될 우려가 있으므로 거래의 동적안전은 보호하게 되지만 진정한 권리자의 정적안전을 해치게 된다. 그러므로 등기에 공신력을 인정하기 위해서는 진정한 권리자의 피해를 사전에 최소화하고, 나아가 사후에 구제할 수 있는 방법이 있어야 한다.

현행법상 부동산등기의 공신력은 부정되고 있다. 공신력을 인정한다는 명문규정이 없을 뿐만 아니라 통설<sup>23)</sup>과 판례<sup>24)</sup>의 입장도 공신력을 인정하지 않고 있다. 그 이유는 진실 된 권리관계가 없음에도 불구하고 그 반대

22) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 65쪽.

23) 박운직, “부동산 물권변동에 있어서 공신의원칙”, 서울대학교, 「법학」, 제1권 제1호, 1959. 137면 이하 참조.

24) 대법원 2009. 7. 6. 선고 2007다15172, 15189 전원합의체 판결; 대법원 2000 .2. 26. 선고 2006다 72802 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다34667 판결; 대법원 1969. 6. 10. 선고 6다199 판결; 대법원 1964. 5. 19. 선고 63다973 판결.

되는 효력을 인정하는 것은 극히 예외적인 현상이기에 공신력을 인정하려면 우리 현실에서는 반드시 입법을 통한 특별규정을 마련해야 하기 때문이다.<sup>25)</sup>

부동산 물권변동에 공신력이 인정되지 않을 경우 거래의 안전에 큰 문제가 발생하게 된다. 오늘날 부동산등기의 문제는 점점 심각성을 더해가고 있는데 이는 부동산의 교환가치의 증가와 더불어 거래유통이 중요시되고 있고, 하나의 부동산에 대하여 동시에 또는 순차적으로 이해관계를 맺게 되는 당사자가 증가되고 있을 뿐만 아니라 그들 상호간에 대한 정보가 없어 진정한 권리관계를 파악할 수 있는 기회가 제공되고 있지 않기 때문이다. 이러한 이유로 인하여 부동산거래의 안전을 위해 보다 적극적인 대책이 필요하고, 그 방안의 하나로써 부동산등기의 공신력을 인정할 필요가 있는가에 대한 검토가 끊임없이 논의되어 왔다.<sup>26)</sup>

등기의 공신력이 인정되면 거래의 안전을 충분히 보장되지만, 진정한 권리자의 권리가 보호되지 못하는 경우가 생길 수도 있다. 이에 관해서는 여러 가지 보완책으로 등기부와 대장제도의 정비, 등기공무원의 실질적 심사권 인정, 등기원인의 확인 내지 공증절차 도입, 진정한 권리자에 대한 보상제도 등을 마련함으로써 충분히 그 폐해를 방지할 수 있을 것이다.

아래에서는 공시의 원칙과 공신의 원칙의 개념에 대하여 살펴본 후 공신력을 인정하여야 하는 필요성과 공신력 필요성의 전제조건, 공신력 부여의 효력에 대하여 살펴보도록 하겠다.

## 2. 부동산 등기의 공시력

공시의 원칙을 공시주의라고도 하며, 공시의 원칙에 의하여 공시 그 자체에 인정되는 효력을 공시력이라 한다. 이러한 공시의 원칙은 물권거래의 안전을 위하여 인정되는 원칙이다.

공시를 강제하는 방법은 크게 성립요건주의(형식주의)와 대항요건주의(의사주의)로 나누어진다. 성립요건주의는 공시방법을 갖추지 않을 경우

25) 이영준, 물권법, 박영사, 2009, 15-16쪽.

26) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 67쪽.

제3자에 대한 관계에 있어서는 물론, 당사자 간에도 물권변동이 발생하지 않는 것으로 하는 원칙이고, 대항요건주의는 공시방법을 갖추지 않더라도 당사자 사이에서는 물권변동이 일어나지만, 그 물권변동을 3자에게 대항하지 못하는 것으로 하는 것이다.<sup>27)</sup>

### 3. 부동산 등기의 공신력

등기의 공신력 인정 유무에 관해서는 민법상 명문의 규정은 없으나 공신력이 인정되지 않는다고 해석함에 이견이 없다. 그러나 가등기담보법 제11조 단서에 의하면, 양도담보권의 설정을 위해서 소유권이전등기가 경료되고 청산절차가 경료하기 전에 그 소유권이전등기를 신뢰하고, 당해 양도담보의 목적물을 취득한 선의의 제3자는 소유권을 취득할 수 있다. 양도담보권을 특수한 저당권으로 이해하면, 이경우에는 결국 등기의 공신력이 인정된 것과 동일한 결과에 도달한다.

등기에 공신력을 인정하여야 할 것인가? 저당권의 유통 내지 유동화를 위해서는 등기의 공신력을 인정하든가, 공신력 인정과 마찬가지로의 결과를 가져올 수 있는 권원보험(title insurance)과 같은제도의 보완이 필요하다.<sup>28)</sup>

그러나 등기의 공신력을 인정하기 위해서는, 그 전제요건으로서 공시력을 인정하여야 할 만한 경제적 필요성이 있어야 하고, 등기와 실체관계를 최대한 일치시킬 수 있는 등기제도의 정비가 선행되어야 하며, 그리고 공신력 인정에 의해서 권리를 박탈당하는 진정한 권리자의 보호를 위한 제도적 장치가 마련되어야 한다.

등기의 공신력 인정은 진정한 권리자를 희생시키면서 거래의 안전을 이룩하는 것이다. 즉 정적 안전의 희생 위에서 동적 안전을 이룩하고자 하는 것이다.

생각건대 부동산거래는 진정한 권리자를 보호하는 바탕 위에서 거래안전을 이룩해야할 일이다. 왜냐하면 부동산, 특히 토지는 인간의 생활과 생산

27) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009. 64쪽.

28) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009. 67쪽.

의 기초로서, 그것은 진정한 권리자가 1차적으로 보호되어야 할 물건이기 때문이다. 따라서 등기의 공신력 인정에 의한 진정한 권리자의 희생보다는, 진정한 권리자를 보호하면서 거래안전을 이룩할 수 있는 제도의 모색이 바람직하다. 그러므로 권원보험제도가 바로 진정한 권리자를 1차적으로 보호하면서 상대방도 보호하여, 저당권의 유통 내지 유통화에 크게 기여할 수 있는 제도로 평가될 수 있다.<sup>29)</sup>

### 제3절 부동산 등기의 공신력 인정의 필요성<sup>30)</sup>

#### 1. 부동산 등기에 대한 공신력 인정의 필요성

등기에 공신력이 인정되지 않는 이유로 부실등기의 위험성이 크다는 것에 있다. 등기에 공신력이 인정되기 위해서는 부실등기의 위험성을 제거할 수 있어야 한다. 부실등기의 방지 대책으로는 보통 등기 원인증서의 공증, 등기관에 실질적 심사권, 대장과 등기부의 일원화, 피해자의 구제 등이 있다.

그리고 공신력을 인정하는데 있어 거래안전을 위한 동적권리 보호 못지않게 정적권리 보호에도 만전을 기하여야 한다. 결국 공신력이 인정됨으로써 권리를 잃게 되는 권리자의 피해에 대한 손실이 보전되어야 한다. 지금 당장에 특별하게 그러한 논의는 보이지 않지만 공신력을 인정 한다면 그에 대한 연구가 심도있게 진행 되어야 할 필요성이 크다. 이러한 측면에서 공신력을 인정할 수 있는 여건이 어느 정도 충족 되었는지 판단해 본다면, 그래도 조만간에 공신력을 인정할 수 있을 만큼의 법과 제도들이 충족되어 가고 있다고 판단 된다.

등기에 공신력을 인정 하여야만 반드시 거래안전이 확립되는 것은 아니다. 등기에는 권리변동적 효력(부동산등기법 제6조2항), 대항적 효력(부동

29) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009. 194~195쪽.

30) 최승영, “우리나라 부동산 등기제도의 개선 방안에 관한 연구”, 민사법연구(제12집 제1호), 대한 민사법학회, 2004, 230쪽.

산등기법 제69조, 제70조, 제72조, 제75조, 제76조), 추정적 효력,<sup>31)</sup> 순위 확정적 효력(부동산등기법 제5조), 등 여러가지 효력이 인정되어 있으므로 공신력이 없다고 해서 등기부에 대한 신뢰가 없어지지 않는다.

등기에 공신력을 인정하고 있는 나라들도 그 유형에 있어서 차이가 있다. 먼저 독일이나 스위스는 등기를 물권변동의 성립요건으로 보면서 등기에 공신력을 인정한다. 그러나 프랑스는 등기를 물권변동의 대항요건으로 보면서 등기에 공신력을 인정하지는 않고, 다만 등기원인증서에 공증을 요하는 것으로 함으로써 공신력을 인정하고 있다는 평가를 받고 있다. 미국의 리코딩시스템은 등기제도는 아니고, 권원등록 자체가 권리의 효력발생 요건이나 대항요건도 아니다. 나아가 등록자체도 강제되지 않지만 일단 등록한 권원에 대해서는 공신력이 인정되는데 그것은 등록하는 사적 문서에 공증을 요하도록 하고 있는 점에서 그렇다.

우리나라는 등기를 물권변동의 성립요건으로 하면서도 등기에 공신력을 인정하지 않고 있다. 원래 우리나라는 구민법 당시 대항요건주의를 취하였지만 성립요건주의로 바뀌면서도 지금까지 의사주의 하에서의 부동산 등기 제도를 답습하고 있는 것이다. 등기부에 공시되는 권리에 대해서는 공신력이 인정되는게 이상적이다. 나아가 등기는 물권변동의 성립요건이므로 물권변동시 등기는 간접적으로 강제되고, 더나아가 각종 특별법을 통하여 등기가 강제되기 까지도 하고 있는데도 여전히 부실등기의 우려로 말미암아 등기에 대한 공신력 인정을 하고 있지 않는 것이다.<sup>32)</sup>

### (1) 제3자 보호제도의 미흡

민법상 공시의 원칙(민법 제186조, 제188조)과 동산에 한하여 선의취득(민법 제249조)이 인정되고 있음은 명백하지만 등기에 대하여는 공신력을 인정한다는 규정이 없고 해석론으로도 부정되고 있음은 앞에서 보았다.

그러나 거래안전을 위하여 등기를 믿고 거래한 제3자에 대한 보호가 아래에서 보는 바와 같이 예외적으로 물권법, 채권법상 산재해 있으며 해석론으로도 일부 이루어지고 있다.

31) 대법원 1966. 1.31. 선고 65다186 판결; 대법원 1969. 5. 27. 선고 69다306 판결; 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다30047 판결.

32) 한삼인/박경식, “등기의 공신력과 거래안전에 관한연구”법조 2008 · 11(Vol.626), 83~84쪽

따라서 이러한 보호는 매우 불완전한 것으로서 등기의 공신력을 인정할 필요성을 더욱 확신시키는 것임을 확인할 수 있다.<sup>33)</sup>

## (2) 물권행위의 무인성 인정여부

물권행위는 채권행위에 기하여 그 이행행위로서 행하여진다 이와 같이 채권행위가 행하여지고 그 이행으로서 물권행위가 따로 독립해서 행하여진 경우에, 그 원인행위인 채권행위가 존재하지 않거나 무효, 취소 또는 해제로 인하여 효력을 잃을 경우 물권행위의 효력도 그에 영향을 받는지가 물권행위의 무인성, 유인성 문제이다.

우리 민법의 해석상 물권행위의 독자성을 인정하는 견해는 대부분 물권행위의 무인성을 인정한다.<sup>34)</sup> 무인성설에 따르면 물권행위의 효력은 채권행위의 무효, 취소 또는 해제로 인하여 아무런 영향을 받지 않는다고 이해한다.<sup>35)</sup> 예컨대 미성년자가 후견인의 동의 없이 자신의 부동산을 매도하고 자신이 성년자가 된 후에 그 이행으로 물권행위를 하였다면 채권행위인 매매계약은 무능력을 이유로 취소할 수 있지만, 물권행위는 성년자가 된 후에 이루어진 것이므로 당해 물권행위는 유효한 것이 된다. 그러나 법률행위의 하자가 채권행위와 물권행위에 동시에 존재하는 경우나, 채권행위의 유효를 물권행위의 조건으로 하는 경우 거래안전이 보호되는 경우는 더욱 축소될 수밖에 없다. 더욱이 우리 판례<sup>36)</sup>는 유인성설을 택하고 있어서 제3자가 보호되는 경우는 없다.<sup>37)</sup>

물권행위의 무인성을 인정하느냐 여부는 등기청구권 · 계약해제 · 부당이득반환청구권 등의 해석에 큰 영향을 미친다. 그러므로 무인성의 인정 여부뿐만 아니라 그에 따른 결과에 관하여 충분히 이해하고 있어야 한다.<sup>38)</sup>

33) 최승영, “우리나라 부동산 등기제도의 개선 방안에 관한 연구”, 민사법연구(제12집 제1호), 대한민사법학회, 2004, 230쪽.

34) 박윤직, 물권법, 박영사, 2008, 29쪽.

35) 송덕수, 물권법, 박영사, 2013, 126쪽.

36) 대법원 1959. 11. 19. 선고 4292민상294 판결; 대법원 1966. 3. 22. 선고 65다2593 판결; 대법원 1974. 6. 11. 선고 74다542 판결.

37) 대법원 1966. 5. 31. 선고 66다510 판결; 대법원 1964. 12. 29. 선고 64다1201판결; 의정부지법 2008. 7. 1. 선고 2007, 5726 판결.

38) 송덕수, 물권법, 박영사, 2013, 67쪽.

### (3) 선의의 제3자 보호규정<sup>39)</sup>

우리 민법은 일정한 경우에, 마치 등기의 공신력을 인정한 것과 같은 결과를 인정하는 제3자보호 규정을 두고 있다.

현행 민법은 거래안전을 위하여 무효나 취소의 효력을 제한하는 규정을 두고 있다. 즉 진의아닌의사표시(민법 제107조제2항), 무효, 통정한 허위의 의사표시(민법 제108조제2항), 착오로 인한 의사표시(민법 제109조제2항), 사기, 강박에 의한 의사표시(민법 제110조제3항)에 의한 의사표시의 취소는 “선의의 제3자에게 대항하지 못한다.”고 규정하고 있다. 이들 규정들은 거래의 안전을 위하여 매우 중요한 규정들이다. 그런데 이들 조항을 해석함에 있어서 제3자의 범위를 어디까지 인정할 것인가가 문제된다. 해석 여하에 따라서 보호받는 제3자의 범위에 차이가 있게된다. 이들 규정에 대한 해석은 물권행위의 유인설에 의하면 예외규정이나 무인설에 의하면 제한규정이라고 보아야 한다.

즉 유인설에 의할 경우 원칙적으로 채권행위의 결함이 물권행위에도 영향을 주게 되나 선의의 제3자 보호규정(민법 제109조제2항, 제110조제2항 등)에 의해 예외적으로 착오, 사기, 강박 등의 경우 선의의 제3자가 보호를 받게 된다.<sup>40)</sup>

한편 무인설에 의할 경우<sup>41)</sup> 채권행위의 결함은 물권행위에 영향이 없어 악의의 제3자도 보호되나, 선의의 제3자 보호규정에 의해 악의의 제3자를 보호대상에서 제외하게 되는 것이다. 유인설에 의하든 무인설에 의하든 선의의 제3자가 보호되는 것을 불완전한 상태일 뿐이고 공신력 인정에서와 같은 강력한 보호에는 미치지 못한다.

판례도 선의의 제3자의 범위를 취소의 의사표시가 있었던 시점을 기준으로 하여 결정하지 않고, 새로운 이해관계를 맺은 것이 취소의 의사표시 이전에 있었던가 이후에 있었던가를 가리지 않고, 그 취소사실을 몰랐던 모든 제3자를 말 한다고 하여, 같은 해석에 입각하고 있다.<sup>42)</sup>

39) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009. 149쪽.

40) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 150쪽.

41) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 110쪽.

42) 대법원 1975. 12. 23. 선고 75다5333 판결.

#### (4) 해제의 효과와 제3자의 보호

부동산물권의 변동을 목적으로 하는 채권계약을 체결하고 등기까지 갖추어져 물권변동이 있는 후에, 그 채권계약을 해제하면 일단 등기 하였던 물권변동은 당연히 원상회복되는가, 이에 관하여는 과거에 물권행위의 무인론을 취하던 견해는, 말소등기까지 하여야 원상에 복귀한다는 채권적 효과설을 따르고 있다.<sup>43)</sup>

민법 제107조제2항, 민법 제108조제2항, 민법 제109조제2항, 민법 제110조제3항에서와 같은 선의의 제3자 보호규정이 계약해제의 경우에도 존재한다(민법 제548조제1항). 이 경우에도 해제의 효과에 대해 채권적 효과설<sup>44)</sup>과 물권적 효과설<sup>45)</sup>이 대립하고 있다. 채권적 효과설에 의하면 해제로 제3자(이 경우의 제3자에는 선의의 제3자에 국한되지 않는다)의 권리를 해하는 경우는 없으므로 민법 제538조제1항의 단서는 주의규정에 불과하다고 해석하나, 물권적 효과설은 해제로 제3자의 권리가 침해될 가능성이 있으므로 동 규정에 의하여 선의의 제3자를 보호하기 위해 예외규정을 둔 것이라고 본다. 해제의 의사표시 이전에 이해관계를 맺은 제3자는 해제의 원이사실을 알고 있었다 하더라도 보호받는 것으로 규정되어 있는 점이다(민법 제548조제1항단서).

판례는 물권적 효과설을 취하고 있다.<sup>46)</sup> 물권적 효과설을 취하는 입장은 대부분 제3자의 범위에 대해 해제의 의사표시가 있기 전에 해제된 계약에서 발생한 법률효과를 기초로 새로이 이해관계를 맺은 자 이외에도 해제의 의사표시 후 말소등기 전에 이해관계를 맺은 선의의 제3자도 포함된다고 해석하여 제3자의 범위를 확대하고 있다. 그러나 이들 또한 예외적인 조치로서 제3자 보호에 미흡하다고 할 것이다.

#### (5) 취득시효

43) 송덕수, 물권법, 박영사, 2013, 150쪽.

44) 김증한, 채권각론(상), 박영사, 1984, 98면; 김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1976, 76면; 김석우, 채권각론신강, 박영사, 1978, 134면; 김현태, 채권법각론, 일조각, 1969, 83면.

45) 이태재, 채권각론신강, 진명문화사, 1976, 206면, 황적인, 현대민법론IV, 박영사, 1980, 175쪽,

46) 대법원 1977. 5. 24. 선고 75다1394 판결.

소유권을 제외한 그 밖의 물권은 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효에 걸린다(민법 제162조제2항). 그 결과 일정한 부동산물권은 소멸시효에 걸리게 되는데, 실제로는 용익물권, 즉 지상권 · 지역권 · 전세권이 소멸시효에 걸린다.

부동산에 관한 취득시효에는 시효로 인한 부동산물권의 취득은 법률의 규정에 의한 물권취득이지만, 민법은 제187조에 대한 예외로서 등기를 하여야만 그 권리를 취득하는 것으로 정한다(민법 제245조제1항),와 등기부취득시효(민법 제245조제2항)가 규정되어 있다. 취득시효로 인한 소유권 취득은 원칙적으로 말소등기와 보존등기로 행해져야 하나 편의상 이전 등기하지만 원시취득<sup>47)</sup>에 해당하는바, 이는 법률행위를 종국적으로 해결하려는 것이므로 부당이득 반환청구권도 인정되지 않는다<sup>48)</sup>. 그러나 이러한 규정에 의하여 소유권을 취득한 자나 특히 그 전득자는 보호받게 될 것이지만, 문제는 취득시효의 요건이 제한적이고 그 입증이 곤란하여 부실등기를 신뢰하고 거래한 제3자는 보호받지 못하는 경우가 발생할 수 있다.

## (6) 제3자에 대한 채권법적 보호

### 1). 채무불이행책임과 담보책임

매도인 명의의 등기가 원인무효이면 그에 기한 매수인의 등기는 원인무효등기에 기한 등기로서 역시 원인무효이다. 이 경우 매수인은 타인의 권리가 매매가 이행불능이 되었음을 이유로 매도인에게 담보책임을 물을 수 있다. 순차적으로 이전된 등기가 모두 원인무효가 되는 경우 각 매수인은 자기의 전자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는 바<sup>49)</sup> 이 손해배상청구권은 자기의 매도인의 등기가 진정한 것으로 믿은 것에 대한 손해배상인 이행이익 이라고 해석 하여야 한다.<sup>50)</sup>

47) 박윤직, 물권법, 박영사, 2008, 305쪽,

48) 박윤직, 물권법, 박영사, 2008, 545쪽,

49) 대법원 1982. 12. 28. 선고 80다2750 판결; 대법원 1978. 9. 226. 선고, 78다1115 판결,

50) 대법원 1993. 1. 19. 선고 29다37727 판결; 대법원 1979. 4. 24. 선고 77다2290 판결; 대법원 1971. 6. 29, 선고 71다1017 판결,

## 2). 불법행위로 인한 손해배상청구권

물권적 청구권이 발생하려면 방해자의 방해행위가 있어야 하는데 그 방해행위는 많은 경우에 불법행위(민법 제750조이하)가 되어 피해자인 물권자에게 손해배상청구권을 발생시킨다. 물권적 청구권에서는 고의·과실을 불문하나, 불법행위에서는 고의·과실이 요구된다.

진정한 소유자의 원인무효등기말소청구에 의하여 매수인이 소유권을 취득하지 못하게 되는 경우 매도인에게 고의, 과실이 있는 경우 매도인은 매수인에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 된다. 이 경우 매수인이 가지는 손해배상 청구권(민법 제750조)은 매도인의 등기가 진정한 것으로 믿은 것에 대한 대가로서 손해액은 매매대금 상당액이 될 것이다.

## 3). 부당이득 반환청구권

점유할 권리가 없는데도 타인의 물건을 점유하는 경우에는, 점유도 이득이기 때문에 물권적 청구권과 함께 부당이득 반환청구권도 발생한다. 그러나 이러한 경우에는 부당이득반환청구권의 내용이 물권적 청구권이므로 양자의 병존을 인정할 필요가 없다. 그러므로 한 쪽의 이행으로 인하여 다른 쪽도 당연히 소멸한다.

그러나 물권의 침해가 악의로 인한 경우에는, 악의의 부당이득으로서 물권적 청구권의 행사의 경우에는 손해배상의 의무가 별도로 문제된다.<sup>51)</sup>

매수인이 진정한 소유자의 원인무효말소등기로 소유권을 취득하지 못하게 될 경우 자기의 매도인에게 부당이득 반환청구(민법 제741조)도 당연히 가능하다. 이 경우 반환범위는 양도인의 선의, 악의에 따라 민법 제747조 이하에 따라 결정될 것이다.

## 2. 공신력 인정의 필요성에 대한 외국법제의 태도

51) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 54쪽.

공신력 인정 특히 등기의 공신력을 인정하기 위해서는 공시의 원칙이 철저하게 확보되어야 한다. 그러나 현재 우리나라에서는 진실한 권리관계와 다른 등기인 부실등기가 이루어질 가능성이 다분히 존재하며 그 폐해 또한 큰 것이 사실이다.

이러한 부실등기를 신뢰한 자를 보호하기 위한 대책도 마련된 뚜렷한 것이 없는 실정이다. 그러나 역으로 생각해 보면 부실등기가 많기 때문에 오히려 등기의 공신력을 확고히 하여야 하고 다만 그로 인한 정적안전을 보호하기 위한 제도적 장치를 마련하는 것이 타당하다고 볼 수 있다.

부동산거래안전을 위한 방안으로는 여러 가지가 있겠지만, 우선 영미법상 부동산 법에서와 같은 권원조사 및 권원보험제 또는 “Torrens”등기제도를 고려해 볼 수 있고, 독일과 스위스의 등기원인증서의 공증제도와 등기의 공신력인정을 모범으로 할 수도 있을 것이다.

영미법계의 부동산법이 물권법정주의를 인정하지 않아 대륙법계에서와 같은 권리의 등기를 할 수 없기 때문에 등기시 권원을 증명할 수 있는 서류를 비치하는 간접적인 방법으로 권원을 공시하는 것이 Recording system이고 이를 보완하는 것이 권원보험이다. 이 권원보험은 부동산의 매수인이나 저당권자가 보험계약자로서 권원보험자인 권원보험회사와 권원보험계약을 체결하고 만약에 매수인이나 저당권자가 당해매매 목적물 또는 저당목적물인 부동산 권리의 하자로 인하여 소유권 또는 저당권을 잃게 되었을 경우 권원보험회사로부터 보험금을 지급 받음으로써 자신들의 권리를 보호받는 제도이다.<sup>52)</sup>

권원조사제도는 부동산에 관한 전문가가 등록소에 비치된 날인증서를 연대적 순서에 따라서 조사해서, 권원의 연속(chain of title) 유무와 권원의 흠(defects of title)을 밝혀내어, 부동산을 매수하고자 하는 자나 저당권을 취득하고자 하는 자가 안전하게 매수하거나, 저당권을 취득할 수 있도록 하고자 하는 제도이다. 왜냐하면 날인증서가 위조되었거나, 제한능력자가 작성한 날인증서가 비치되어 있는 경우와 같이, 숨은 권원하자(hidden defects of title)는 권원조사에 의해서도 밝혀낼 수 없기 때문이다.

그리하여 다시 권원조사제도가 갖는 부동산거래 안전제도로서의 한계성을 극복하기 위하여, 권원보험제도가 이용되게 되었다. 권원보험은 권원보

52) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 69쪽.

협자와 매수인 또는 저당권자와의 권원보험계약에 의해서, 숨은 권원의 하자로 인하여 매수인 또는 저당권자가 취득하였던 권리를 잃게 되는 경우에는, 권원보험자인 권원보험회사로부터 보험금을 지급받는 방법으로 부동산의 거래안전을 이룩하고자 하는 제도이다. 권원보험은 손해보험이지만 다른 일반의 손해보험과 다르다. 이 권원보험에 의해서 불완전한 부동산권리의 공시제도를 운영하고 있는 미국에서, 부동산거래의 안전은 물론 저당권의 유동화도 매우 활발하게 일어나고 있다.

권원보험은 등기의 공신력 인정과 비교될 수 있는데, 등기의 공신력 인정은 진정한 권리자를 희생시키고 거래의 상대방을 보호하고자 하는 제도이나, 권원보험은 진정한 권리자를 보호하면서 거래의 상대방에 대하여 보험금으로 그 손실을 보전하는 제도이다. 따라서 권원보험은 정적 안정의 바탕 위에서 동적 안전을 이룩하려는 부동산거래 안전제도이다.<sup>53)</sup>

토렌스(Torrens) 등기제도는 부동산에 대한 최초등기를 철저한 권원조사과 심사를 거친 후에 행하는 등기로서 영국, 호주, 미국의 일 부 지역 등에서 운용되고 있다. 미국의 일부지역의 경우는 이 최초등기를 반드시 사법적 심사과정을 거치도록 함으로써 등기의 권원에 대한 실질적 심사주의가 관철되고 있고, 이 최초등기는 불가쟁적 효력이 인정되므로 그 다음의 물권변동으로 인한 등기는 엄격한 심사과정을 거치지 않고도 공신력이 인정되어 부동산물권의 선의취득이 가능하다.

“등기원인이 되는 법률행위 또는 법률사실의 성립을 증명하는 서면”을 등기원인증서라 하며, 부진정한 등기의 신청 예방을 통한 등기의 진정성 확보가 그 제출취지이다. 등기원인증서, 「계약서원본, (지상권,지역권,전세권,저당권설정, 및 이전계약서), 확정판결정본, (화해조서,조정조서포함), 경매개시결정정본, 협의성립확인서 또는 재결서, 공유물분할계약서, 검인계약서, 검인받은 확정판결정본, (계약으로 한 소유권이전등기의 경우 등)」에 대한 공증의 필요성과 공신력을 인정할 필요성을 긍정하는 경향으로 흘러가고 있다. 그러나 등기의 공신력을 인정한다는 것은 정적 안전을 희생시키면서 동적 안전을 추구하는 것이므로 여러 가지 기초가 되는 전제조건들이 충족되어야 원만한 제도의 운용이 가능해질 것이다.<sup>54)</sup>

53) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 195~196쪽.

54) 최승영, “우리나라 부동산 등기제도의 개선 방안에 관한 연구”, 민사법연구(제12집 제1호), 대한민사법학회, 2004, 230쪽.

## 제4절 부동산 등기에 대한 공신력 부여를 위한 전제조건

### 1. 부동산 등기에 대한 공신력 인정의 전제

부동산 등기에 대해 공신력을 인정하기 위해서는 진정한 권리자의 희생을 감내하면서 부동산거래의 상대방을 보호할 사회적, 경제적 필요성이 있어야 하고, 또한 진실 된 권리관계와 등기가 서로 일치되지 않는 부실등기를 방지하기 위한 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다.<sup>55)</sup>

등기의 공신력을 인정하기 위해서는 최소한 세가지의 전제조건이 충족되어야 한다. 첫째, 진정한 권리자를 희생하고서라도 거래의 상대방을 보호할 만한 사회, 경제적 필요성이 있어야 한다. 다시 말하면 부동산거래에 있어서 정적안전에 대한 요구를 부정하는 한이 있더라도, 동적안전, 즉 거래의 안전을 보호해야할 만한 경제적 필요성이 있어야 한다.

둘째, 등기의 공신력을 인정하기 위해서는 등기와 진정한 권리관계가 일치할 수 있는 등기제도가 완비 되어야 한다. 이를 위해서는 등기부를 정비하고 등기절차를 신중히 하는 것이 중요하다. 그 밖에 등기관에게 당사자 사이의 실질적 권리관계까지도 심사할 수 있는 권한을 주는, 등기신청서류에 대한 실질적 심사주의가 관찰되어야 한다. 이와 같이 등기 공신력 인정을 위해서는, 가능한 무권리자의 등기가 행해지지 않도록 하는 예방적 조치가 이루어져야 한다.

셋째, 등기의 공신력 인정을 위해서는 공신력 인정에 의해 권리를 박탈당하는 진정한권리자의 손실을 전보해줄 수 있는 제도가 확립되어야 한다.<sup>56)</sup>

우선 무권리자의 등기가 가능하지 않도록 하기 위한 예방적 수단으로서 등기부를 정비하고 등기절차를 신중히 하면서 아울러 등기공무원에게 실질적 조사권을 인정하고 나아가 사후적 수단으로 권리를 잃은 진정한 권리자에 대한 보상제도로써 국가배상책임을 인정한다든지 등기수수료의 일부를 적립하는 보상기금이나 보험기금을 마련하는 방안을 포함한 부실등기가 행하여지는 것을 방지하기 위한 다양한 제도적 장치가 등기의 공신력을 인정하기 전에 마련되어야 한다고 보는 것이 우리 학계의 대다수의 입장이

55) 박윤직, 물권법, 박영사, 2008, 29-31쪽,

56) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 67쪽.

다.<sup>57)</sup>

이러한 제도적 장치가 마련되지 않았다고 해서 공신력을 인정하는 것이 전혀 불가능한 것은 아니고, 또한 공신력의 인정여부에 관계없이 등기의 진정성을 확보하기 위한 제도적 개선이 필요한 것이 사실이다. 그러나 부실등기가 행해지고 있어 등기제도의 커다란 문제점으로 대두되고 있는 현실을 감안할 때 부실등기를 방지하기 위한 여러 가지 방안을 강구한 후에 등기의 공신력을 인정하는 것이 합리적일 것이다.<sup>58)</sup>

## 2. 부동산 등기에 대한 공신력 부여를 위한 요건

### (1) 부동산등기법상 등기가 있을 것

공신력은 일정한 등기를 신뢰하고 거래한 자를 보호하는 제도이다. 따라서 외관상 부동산등기법상의 등기라고 할 수 있는 등기가 존재하여야 한다. 등기공무원이 아닌 사인에 의해 기재된 등기나, 저항할 수 없는 강박에 의한 기재 등은 공신력 자체가 문제되지 않는다.

또한 물권법정주의에 반하는 등기와 같이 법률상 허용되는 내용에 관한 등기가 아니어야 하며, 부실등기임이 등기부상 명백한 등기가 아니어야 한다. 즉 등기내용이 불명확하거나 이중등기와 같이 상호 배치되는 등기의 경우 그러한 사정이 시정되기 전에는 공신력의 기초로 되지 못한다.

### (2) 등기가 법률관계에 관한 기재일 것

등기가 물권변동관계에 관한 것이어야 하며, 토지의 경계에 관한 것과 같이 권리의 범위를 정하는 사항과 같이 실체적 권리관계와 관련된 사항이 아니면 사실상의 표시에 관한 표제부의 사항은 공신력이 인정되지 않는다.

### (3) 물권의 특정승계에 관한 등기일 것

57) 박윤직, 물권법, 박영사, 2008, 31쪽,

58) 박윤직, 물권법, 박영사, 2008, 31쪽,

공신력에 의하여 보호를 받는 자는 선의의 제3자에 한하므로, 그러한 등기의 부실을 초래한 등기과정의 직접적 당사자는 그 지위를 승계한 포괄승계인은 공신력의 보호를 받지 못한다. 또한 공신력에 의하여 보호받기 위해서는 이전의 등기부상의 권리자의 처분권 이외의 요건은 모두 유효한 것이어야 한다. 따라서 제한능력자나 무권대리인의 행위에 대한 신뢰는 공신력에 의해 보호받을 수 없다. 또한 특정승계 이더라도 형식적 주체변경이 아닌 실체적, 경제적, 주체변경 이어야 한다. 따라서 혼동, 공동상속재산의 분할, 부부재산의 분할, 조합이나 법인의 재산의 구성원에게로의 양도의 경우에는 공신력이 인정되지 않는다. 또한 부동산담보권 자체에는 공신력이 미치나 피담보채권에까지 공신력이 인정되는 것은 아니다.

#### (4) 등기의 진정성에 대한 이의등기 등이 없을 것

공신력을 인정하는 경우 진정한 권리자 등이 공신력을 차단하는 효력을 갖는 이의등기를 하여 등기정정 청구권을 보전하는 제도를 두어야 한다. 등기에 공신력을 인정하게 되면 진정한 권리자가 불측의 손해를 입을 수 있으므로, 진정한 권리자로 하여금 원인무효등기의 말소, 변경신청을 허용하여 권리침해를 사전에 방지할 수 있어야 하기 때문이다. 이러한 이의등기 등이 없어야 공신력을 인정할 수 있는 것이다.

#### (5) 선의취득자는 평온·공연·선의·무과실일 것

선의란 처분자가 무권리자였음을 알지 못한 것이고, 무과실은 그것을 알지 못하는 데 과실이 없음을 말한다. 그리고 거래의 과정은 평온·공연하게 행하여져야 한다.

독일의 경우에는 공신력의 요건으로 선의를 요구하지만 무과실은 요구하지 않고있다. 스위스의 경우에는 양자를 모두 요구하고 있다. 우리나라의 경우 등기의 공신력을 인정하려면 원인행위 서면의 공증제를 채용하지 않고 있는 스위스에서와 같이 선의, 무과실을 요구하는 것이 타당할 것이다. 이는 동산의 선의취득의 경우와 균형을 이루는 것으로 볼 수 있다.

동산의 거래안전을 위해서 점유의 공신력을 인정하여, 권리외관을 신뢰한 자는 무권리자로부터도 물권을 취득할 수 있도록 한 제도를 선의취득 또는 즉시 취득이라고 한다. 한편 이 선의취득 제도의 반사적 작용으로서 진실한 권리가 희생되는 결과를 초래하게 된다.<sup>59)</sup>

동산 물권의 취득자의 선의, 무과실을 인정하는 것이 등기의 공신력이므로 공신력을 부정하려는 자가 취득자의 악의 또는 과실을 입증하여야 한다. 따라서 양도인이 소유권자이거나 또는 소유권은 없지만 물권의 처분권자라고 신뢰하고 그에 대하여 과실이 없다면 취득자는 선의, 무과실인 것이다. 그리고 취득 전에 그 등기가 부실등기임을 알았더라도 등기명의인이 선의취득이나 취득시효에 의해 권리가 된 것으로 믿었다면 선의, 무과실이 될 수 있다. 양수인의 선의, 무과실의 기준시점은 물권행위가 완성되는 때인 것이므로 물권적 합의가 동산의 인도보다 먼저 행하여지면 인도된 때를, 인도가 물권적 합의보다 먼저 행하여지면 물권적 합의가 이루어진 때를 기준으로 해야 한다.<sup>60)</sup>

## 제5절 부동산 등기에 대한 공신력 부여의 효력

### 1. 권리취득의 법적 성질

등기부의 기재에 신뢰하고 거래한자는 공신력에 의해 보호를 받는다. 즉 등기의 내용대로 권리취득하며 등기에 기재되지 않은 제한은 취득자에게 아무런 효력이 없게된다.

그러므로 간접적으로는 등기를 둘러싼 이해당사자들로 하여금 실체관계에 부합하는 진실한 등기를 하게 하는 효과를 낼 수 있으며, 등기관에 잘못으로 부실등기가 발생한 경우에는 국가배상책임의 경우가 발생할 수 있으므로, 등기관으로 하여금 진실한 등기를 하게 노력하는 효가를 기대할 수 있다.

59) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 207쪽.

60) 대법원 1998. 6. 12. 선고 98다6800, 판결.

등기의 공신력이 인정됨에 따라 취득되는 권리를 승계취득으로 보아야 하는지 원시취득으로 보아야 하는지에 대한 문제는 동산의 선의취득에서와 같이 선의취득의 법적 근거에 관한 자격수여설과 선의설 중 어느 견해에 따르느냐에 달려 있다고 볼 수 있다. 전자에 의하면 무권리의 양도인에게 처분권한이 부여되어 구 권리를 승계취득 한다고 보아야 할 것이나, 후자에 의하면 선의 취득에서와 마찬가지로 취득자측의 선의 때문에 원시취득이 일어난다고 해석하여야 할 것이다. 따라서 전주의 권리에 관하여 존재하고 있던 제한은 공시방법을 갖추지 않는 한 원칙적으로 소멸한다고 보아야 한다.

## 2. 공신력의 인정범위

공신력을 인정하는 외국의 입법례를 살펴보면, 등기원인서면에 대한 공증제도가 확립되어 있어서 등기와 실체적 권리관계가 일치할 수 있도록 사전의 예방조치가 갖추어져 있고(§925, BGB; §29, GBO; §657, I, ZGB), 등기신청서류에 대한 실질적 심사주의를 취하기도 하며(Art, 965, ZGB), 사후적 권리구제조치로서 국가배상책임을 인정하거나(§839, BGB), 등기수수료의 일부를 따로 적립하여 설립된 보상기금, 보험금 등에 의해 손해를 보전하고 있다(Torrens System 국가 대만도 Torrens System을 취하고 보험기금을 운영하고 있다).<sup>61)</sup>

공신력이 인정될 경우 제대로 동산의 선의취득에 있어서와 같은 효력이 발생한다고 보아야 한다. 즉 등기에 기재된 사항에 한하여 선의취득자에게 유리한 범위에서 효력이 인정된다. 예컨대 등기부상 제한물권이 존재하는 것처럼 등기되어 있어서 그 제한물권의 존재하는 것으로 알고 소유권을 취득하더라도 그 제한물권의 부담이 없는 완전한 소유권을 취득한다. 그리고 진정한 권리자의 권리는 선의취득과 양립하지 않는 범위 내에서 소멸한다. 따라서 선의취득자가 악의의 전득자에게 권리를 이전하더라도 그 전득자는 유효하게 권리를 취득하고, 무권리자 이었던 양도인에게 이전되더라도 부담이득반환이나 불법행위로 인한 배상의 문제가 발생할지언정 원권리자의

61) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 68쪽.

물권이 부활하지 않는다. 따라서 등기된 것을 진정으로 믿고 거래한 선의의 거래자는 등기부상의 기재가 유효한 것과 같이 보호를 받게 된다. 즉 채무자 甲의 부동산에 乙이 저당권자로 등기되어 있지만 실지로는 丙이 저당권자이더라도, 甲이 선의로 乙에게 변제할 경우 丙의 저당권이 소멸한다. 또한 제한물권 기타의 제한이 없는 등기를 믿고 거래한 자는 그러한 부담이 실제로 있더라도 등기한 상태로 제한 없는 물권을 취득한다. 즉 저당권이 원인 없이 말소된 경우 저당권 없는 소유권을 취득한 자는 제한물권의 제한을 받지 않는 완전한 소유권을 취득한다.

## 제6절 소 결

부동산물권의 공시방법인 등기는 저당권부터 등기하기 시작해서 소유권, 기타 물권도 공시하게 되었다. 부동산물권의 표상인 등기의 공신력도 저당권등기부터 인정되어, 점차 소유권, 기타 물권으로 확대 인정되었다.

앞서 살펴본 바와 같이 등기의 공신력 인정의 필요성은 성숙해 있다고 여겨진다. 왜냐하면 저당권 유통내지 유통화의 필요성이 있고, 그것을 완성하게 하도록 하기위해 서는 등기의 공신력을 인정하든가, 권원보험(title insurance)의 보완이 필요하다. 공신력채택을 부정하거나 차후로 미루려는 입장의 설득력은 미약해진 상태이다. 계속 공신력을 부정하는 것은 오히려 부실등기이지만 그것을 신뢰하고 거래한 일반인의 재산적 손해를 방지하는 결과를 방관하는 것이 되어 버린다. 부동산거래의 안전성과 신속성을 확보하기 위해 부동산 등기의 공신력인정은 필수적이다. 또한 국가가 막대한 비용을 들여 관리하고 운용하고 있는 등기제도를 불신케 하도록 하는 공권력의 낭비에 해당한다. 부동산거래의 기초가 되는 자료인 부동산 등기를 신뢰할 수 있도록 하는 것이 부동산 규범의 국제화를 위해 필수적이다. 현재의 부동산 등기제도의 운용만으로도 공신력을 인정하는 것과 유사한 효과가 있다고 하는 주장이 있을 수 있다. 그러나 채권행위와 물권행위의 분리를 인정함에 따라 매수인이 양수받은 부동산을 점유하면서도 등기를 완료하지 않는 경우 부실등기가 이루어질 가능성이 다분히 존재하며 그 폐해

또한 큰 것이 사실이다. 이러한 부실등기를 신뢰한 자를 보호하기 위한 대책도 마련된 것이 없는 실정이다. 또한 현행법상 건물을 토지와 별개의 부동산으로 봄에 따라 건물의 증, 개축의 경우에도 등기의 건물의 불일치가 있을 수 있고, 각종 세금의 납부를 회피하기 위해 등기를 기피하는 현상도 부실등기의 원인이 되고 있다.

반대로 생각해 보면 부실등기가 많기 때문에 오히려 등기의 공신력을 확고히 하여야 하고 다만 그로 인한 정적안전을 보호하기 위한 제도적 장치를 마련하는 것이 타당하다고 볼 수 있다.

한편 신축건물의 보존등기 없이 권리를 이전하는 등으로 인하여 부실등기가 발생할 수 있다. 이와 같이 현행 부동산등기 제도만으로는 제3자는 불측의 손해를 완벽하게 예방할 수 없는 것이 사실이다. 부동산거래안전을 위한 방안으로는 여러가지 있겠지만, 우선 영미법상 권원조사 및 권원보험 제도 또는 “토렌스”(Torrens)등기제도를 고려해 볼 수 있다.

그러므로 예측불가능 한 불이익을 방지하기 위해 등기를 신뢰하고 거래한 일반인의 기대에 부응하기 위해서도 등기의 공신력은 인정되어야 한다. 그로 인하여 진정한 권리자가 입게 되는 손해를 최소한으로 줄이는 것은 여러 가지 제도적 준비를 통하여 그리고 부실등기가 되지 않도록 하기 위한 진정한 권리자의 적극적 노력을 통하여 충분히 가능하다고 본다.<sup>62)</sup>

등기의 공신력을 인정하기 위해서는 등기와 진정한 권리관계가 일치할 수 있는 등기제도가 완비되어야 한다. 이를 위해서는 등기부를 정비하고 등기 절차를 신중히 하는 것이 중요하다. 그 밖에 등기관에게 당사자 사이의 실질적 권리관계까지도 심사할 수 있는 권한을 주는, 등기신청서류에 대한 실질적 심사주의가 관찰되어야 한다. 이와 같이 등기의 공신력 인정을 위해서는, 가능한 무권리자의 등기가 행해지지 않도록 하는 예방적 조치가 이루어져야 한다. 공신력 인정에 의해 권리를 박탈당하는 진정한 권리자의 손실을 전보해줄 수 있는 제도가 확립되어야 한다.<sup>63)</sup>

아울러 공신력 부여를 위한 요건과 효과에 대한 심도 있는 검토를 통하여 부동산 등기의 공신력 인정을 위한 법제도적인 장치를 보완 해야할 것이다. 그리고 공신의 원칙을 인정할 경우 거래의 안전이라는 동적안전

62) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 66쪽.

63) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 67쪽.

보호할 수 있는 반면에 진정한 권리자의 경우 기존의 권리를 박탈당하게 된다는 정적안전의 희생이 뒤따를 수 있다는 사실도 간과되어서는 아니 된다. 따라서 진정한 권리자를 우선적으로 보호할 것인가, 아니면 동적 안전을 더 보호할 것인가에 대한 근본적인 가치판단도 함께 이루어져야 한다고 생각된다.<sup>64)</sup>



---

64) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 67쪽.

## 제4장 부동산 등기청구권

### 제1절 등기청구권의 개념

등기는 원칙적으로 등기권리자와 등기의무자의 공동신청에 의하여 행하여지는 것이기 때문에, 등기의무자가 등기의 신청을 위하여 협력하지 않는다면, 등기권리자는 등기를 신청할 수 없게 된다. 이 때 등기권리자가 등기의무자에 대하여 등기신청에 협력해 줄 것을 청구할 수 있는 권리가 등기청구권이다.

등기청구권은 등기권리자가 등기의무자에 대해서 갖는 등기신청에 대한 협력청구권으로서 등기권리자가 갖는 것이 일반적이다. 그런데 예외적으로 등기의무자에게 등기청구권을 인정할 수 있을 것인가? 이에 대해서 등기권리자만이 등기청구권을 갖는다는 견해<sup>65)</sup>도 있으나, 등기의무자도 등기권리자에게 등기청구권을 행사할 수 있다는 것이 다수의 견해<sup>66)</sup>이다. 예컨대 매수인이 이전등기를 하지 않으므로 매도인이 소유자로서 조세, 공과금 등의 부담을 져야 한다는 것은 매도인에게 불이익하기 때문에, 매수인에 대해서 이전등기를 할 것을 청구할 수 있다. 이와 같은 등기의무자의 등기청구권을 등기인수청구권이라 한다. 매수인은 매매목적물의 인수 의무, 즉 수령의무가 있으므로, 이러한 인수 의무에 대응하는 등기인수청구권을 등기의무자의 등기권리자에 대한 권리로서 인정할 수 있다. 부동산등기법에서도 등기의무자의 등기인수청구권을 일반적으로 인정하고 있다. 즉, 등기의무자는 등기권리자를 상대로 하여 등기인수청구의 소를 제기할 수 있고, 그소에서 등기의무자가 승소한 때에는 그 승소의 확정판결로써 등기의무자가 단독으로 등기권리자에게로 등기신청을 할 수 있다(부동산등기법 제21조).<sup>67)</sup>

65) 박윤직, 물권법, 박영사, 2008, 173쪽.

66) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 183쪽.

67) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다60708 판결. 「부동산등기법은 등기는 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 함을 원칙으로 하면서도(부동산등기법 제28조, 제29조)에서 “관결에 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

이 등기청구권은 등기권리자의 등기의무자에 대한 실체법상 권리인 사권이다. 그러므로 등기청구권은 공권인 등기신청과는 구별해야 한다. 등기신청권은 등기관이라는 국가기관에 대해 등기를 신청하는 권리인 공권이다.<sup>68)</sup>

## 제2절 등기청구권의 발생원인과 법적성질

### 1. 학설

등기청구권의 발생원인과 법적 성질에 관해서는 학설의 대립을 보이고 있다. 등기청구권의 발생원인과 법적 성질을 2원적으로 설명하는 견해와 다원적으로 설명하는 학설이 대립하고 있다. 다원적으로 설명하고자 하는 견해는 법률행위, 즉 물권행위에 의한 물권변동의 경우의 등기청구권, 취득시효의 경우 등기청구권, 그리고 부동산임차권·부동산환매권의 경우의 등기청구권으로 나누어, 그 각각의 등기청구권의 법적 성질을 다르게 설명하고 있다. 그러나 2원설은 등기를 창설적 등기와 정정적 등기로 나누어, 그 각각의 등기청구권의 법적 성질을 밝히고 있다.<sup>69)</sup>

실체관계와 등기가 일치하지 않을 경우의 등기, 즉 정정적 등기의 등기청구권은 물권의 효력으로서 발생하는 일종의 물권적 청구권이라고 하는데 일치하고 있다. 점유취득시효에 의한 등기청구권은 법률의 규정에 의한 채권적 청구권으로 보는 견해가 있고 다른 한편으로는 20년간 점유함으로써 물권적 기대권을 취득하고, 그 물권적 기대권의 효력으로서 등기청구권이 발생하므로, 점유취득시효에 의한 등기청권의 법적 성질을 역시 물권적 청구권으로 보는 견해도 있으나, 물권적 기대권으로부터 발생하는 물권적

---

채권채무관계에서는 채권자가 수령을 지체하는 경우 채무자는 공탁 등에 의한 방법으로 채무부담에서 벗어날 수 있으나 등기에 관한 채권채무관계에 있어서는 이러한 방법을 사용할 수 없으므로, 등기의무자가 자기 명의로 있어서는 안 될 등기가 자기 명의로 있음으로 인하여 사회생활 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.

68) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 183쪽.

69) 김증한, 물권법강의, 박영사, 1985, 76~79쪽.

청구권으로 해석함이 타당하다. 부동산임차권의 경우는 민법 제621조 1항이 바로 부동산임차인의 등기청구권을 인정하는 규정이며, 따라서 그 법적 성질은 순수한 계약에 의해서 발생하고, 그 성질은 채권적 청구권이라고 하여야 한다.<sup>70)</sup>

문제는 결국 법률행위, 즉 물권행위에 의한 등기청구권의 법적 성질을 어떻게 이론 구성할 것인가 이다. 이에 관하여서는 학설의 대립이 심하다. 먼저 물권행위의 독자성을 부인하고 채권행위에서 등기청구권이 발생하고, 그 법적 성질은 채권적 청구권이라고 하는 설<sup>71)</sup>, 물권행위의 독자성을 인정하면서도 원인행위인 채권행위에 등기청구권의 근거가 있고, 그 성질은 역시 채권적 청구권이라고 하는 설<sup>72)</sup>, 물권행위의 독자성을 인정하고 등기청구권은 원인행위에서 발생하는 것이 아니고, 물권적 합의를 하면 물권적 기대권이 발생하고, 그 물권적 기대권의 효력으로서 등기청구권이 발생하고, 그 성질은 물권적 청구권으로서의 성질을 갖는다고 보는 견해<sup>73)</sup>가 다 투여지고 있다. 물권적 기대권의 효력으로서 등기청구권이 발생한다고 보는 견해에 있어서도 채권행위로부터 등기청구권이 발생할 수 있다는 것을 부인 하지는 않는다. 다만 물권적 기대권으로부터 등기청구권이 발생한다고 설명하면, 등기청구권의 발생원인과 법적 성질을 통일적으로 설명할 수 있다는 데 있다고 한다.<sup>74)</sup>

이상의 학설 대립을 종합해보면, 정정적 등기의 등기청구권은 물권의 효력으로서 발생하고 그 성질은 물권적 청구권<sup>75)</sup>이며, 법률행위에 의한 등기청구권과 점유취득시효에 의한 등기청구권은 채권행위 또는 법률의 규정에 의해서 발생하고 그 성질은 채권적 청구권이라고 보는 학설과, 물권적 합의가 있거나 점유취득시효의 시효기간이 만료하면 물권적 기대권이 발생하

70) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 184쪽; 대법원 1977. 8. 2, 선고 77다622 판결; 대법원 1976. 11. 6. 선고 76다148 판결.

71) 박윤직, 물권법, 박영사, 1998, 177쪽.

72) 장경학, 물권법, 법문사, 1978, 247쪽.

73) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 141쪽.

74) 김중환, 물권법, 박영사, 1998, 75쪽.

75) 이영준, 물권법, 박영사, 1998, 201쪽.; 이은영, 물권법, 박영사, 1998, 213쪽.

대법원, 1982, 12, 28, 선고 82다카349; 대법원, 1979, 2, 13, 선고 78다2412 판결, 부동산양도담보의 경우에 있어서 피담보채무가 변제된 후에 설정자가 행사하는 등기청구권은 물권적 청구권이라고 판시하였고, 말소등기의 원인이 판결로 취소된 경우에 말소등기 전의 명의자는 그 등기내용대로 소유권을 가지며, 그 말소등기를 한 자는 회복등기절차를 이행할 의무가 있다.

고 그 물권적 기대권으로부터 등기청구권이 발생하고 그 성질은 물권적 기대권을 준물권으로 봄으로 등기청구권 또한 물권적 청구권으로 보고자 한다.

결국 학설의 대립은 창설적 등기에 있어서 그 성질을 채권적 청구권으로 볼 것인가 아니면 물권적 청구권으로 볼 것인가에 있다.

등기청구권을 채권적 청구권으로 보느냐 물권적 청구권으로 보느냐 하는 견해의 대립의 실익은, 채권적 청구권으로 보는 견해에 의하면 등기청구권은 소멸시효에 걸린다고 볼 것이고, 물권적 청구권으로 보면 등기청구권은 독립해서 소멸시효에 걸리지 않는다고 봄에 있다.<sup>76)</sup>

## 2. 판례

판례는 법률행위에 의한 등기청구권을 채권적 등기청구권으로 판시하고 있다<sup>77)</sup>. 그러나 대법원 1976. 11. 6. 76 다148, 전원합의체 판결, 에서의 소수의견 중에서, 「부동산의 매매와 같은 법률행위에 의한 경우에 있어서, 매수인이 매도인에 대하여 가지는 등기청구권은 그 원인행위인 채권행위로부터 발생한다고 볼 것이 아니라, 당사자 사이에 그 목적부동산의 소유권을 이전한다는 합의, 즉 이른바 물권적 합의가 있어서 이 합의로부터 당연히 소유권 이전 등기청구권이 발생 한다고 봄이 상당할 것이고, 따라서 그 성질은 다분히 물권적인 것에 가깝다고 보아야 할 것이다」라고 하고 있다. 이와 같은 소수의견에 의하면, 법률행위에 의한 등기청구권은 채권적 청구권이 아니라 물권적 청구권이라고 할 수 있다.

실체관계와 등기가 일치하지 않는 경우 그것을 일치시키기 위한 등기청구권은, 판례도 물권의 효력으로서 발생하는 물권적 청구권으로 판시하고 있다.

구체적인 판례를 살펴보면, 「채권담보의 목적으로 이루어지는 부동산 양도담보의 경우에 있어서 그 부동산의 등기명의가 양도담보권자 앞으로

76) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 185쪽.

77) 대법원 1962. 5. 10. 민상 1232 판결; 대법원 1976. 11. 6. 선고 76다148 판결; 대법원 1976. 11. 23. 선고 76다342 판결; 대법원 1977. 8. 23. 선고 77다622 판결.

되어 있다 할 지라도, 그 실질적 소유권은 양도담보설정자에게 남아 있다고 할 것이므로, 피담보채무가 변제된 후에 설정자가 행사하는 등기청구권은 위 실질적 소유권에 기한 물권적 청구권으로서…」라고 판시하고 있다.<sup>78)</sup> 그리고 또 다른 판례는 「부동산 매매계약의 합의 해제되면, 매수인에게 이전되었던 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로, 합의 해제에 따른 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이라 할 것이다…」.<sup>79)</sup>라고 하여 정정적 등기의 등기청구권의 법적 성질을 물권적 청구권으로 판결하고 있다.

점유취득시효의 시효기간 만료로 인한 등기청구권의 성질에 관해서는 채권적 청구권으로 보고 있다.<sup>80)</sup> 그리고 판례는 점유취득시효의 시효기간이 만료 하였다 하더라도, 등기하지 않고 있는 동안에 제3자가 등기명의인으로부터, 이전 등기를 경료받게 되면 등기 하지 않은 취득시효기간 만료자는 등기를 한 그 제3자에게 대항할 수 없다고 판결하고 있다.<sup>81)</sup> 나아가서 취득시효가 완성된 후 그 소유권 이전 등기 이전에 제3자에게 소유권이 이전되어 등기가 경료된 이상, 그 제3자가 악의의 취득자라 하더라도 취득시효를 주장하지 못한다.<sup>82)</sup>고 판시하고 있다. 만약 취득시효기간이 만료하면, 물권적 기대권이 발생하고, 그 물권적 기대권으로부터 등기청구권이 발생하며, 그 등기청구권을 물권적 청구권으로 본다면, 취득시효기간 만료 후에 소유권 이전등기를 경료한 제3자에게 대항할 수 있다고 할 수 있을 것이다.

이러한 점에 비추어 보면 판례는 점유취득시효의 경우 등기청구권을 채권적 등기청구권으로 보고 있다고 할 수 있다. 그리고 취득시효기간 만료로 인한 등기청구권은 시효 완성 당시의 등기명의인에게 행사하여야 한다고 하고 있다.<sup>83)</sup>

78) 대법원 1979. 2. 13. 선고 78다2412 판결.

79) 대법원 1982. 7. 27. 선고 80다2008 판결.

80) 대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1875 판결.

81) 대법원 1961. 2. 15. 민상215 판결; 대법원 1980. 9. 24. 선고 79다2129 판결.

82) 대법원 1997. 10. 31. 선고 67다1636 판결.

83) 대법원 1974. 6. 16. 선고 63다828 판결; 대법원 1977. 8. 23. 선고 77다785 판결.

### 제3절 등기청구권과 소멸시효

#### 1. 연혁

의사주의에서 형식주의로 바뀌면서 구민법하에서 취득한 부동산물권의 등기를 이행케 하기 위하여, 민법제정시에 부칙 제10조에 소유권 이전 등기에 관한 경과규정을 두어, 신민법시행일 전의 법률행위로 인한 부동산에 관한 물권의 득실변경은 민법시행일로부터 3년 내에 등기하지 않으면 그 효력을 잃는다고 규정하여, 1962년 12월 31일까지는 구민법하에서 법률행위에 의하여 취득하였으나 등기하지 않은 부동산물권을 모두 등기하도록 하였다<sup>84)</sup>.

그러나 1962년 말이 되어도 등기하지 않으므로, 동년 말에 민법부칙 제10조 1항을 개정하여 다시 2년을 연장하였다. 그리하여 1964년 12월 31일까지 등기를 완료하도록 하였다. 그러나 1964년 말에 이르러서도 역시 등기가 완전히 이행되지 않으므로, 다시 동년 말에 동 부칙을 개정하여 또 다시 1년을 더 연장하였다. 그리하여 1965년 12월 31일 까지, 즉 민법시행일로부터 6년 이내에 모두 등기 하도록 하였다.<sup>85)</sup>

이처럼 구민법하에서 취득한 부동산물권의 등기신청기간을 연장하기 위해서 민법부칙 제10조 1항만을 두 번 개정 하였다. 이것이 바로 민법의 제2차, 제3차 개정 이었다.

민법부칙 제10조1항은 민법시행일로부터 6년 이내에 등기하지 않으면, 구민법하에서 취득한 부동산물권은 「그 효력을 잃는다」고 강력하게 규정하였다. 즉 등기하지 않으면 그 부동산물권은 당연히 소멸하는 것으로 규정하였다. 그럼에도 불구하고 민법이 허용한 6년의 기간 내에 등기가 이행되지 않았다. 그리하여 1966년 이후에는 판례가 소유권 이전 등기청구권은 민법부칙 제10조1항에 의하여 1966년 1월 1일부터 소멸시효의 기간이 진행된다고 판결 하였다.<sup>86)</sup>

이와같은 판례에 의하여 민법부칙 제10조 1항의 규정에도 불구하고 등

84) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 187쪽.

85) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 187쪽.

86) 대법원 1966. 9. 17. 선고 66다1150 판결; 대법원 1968. 11. 5. 선고 68다1797 판결; 대법원 1968. 11. 19. 선고 68다1647 판결; 대법원 1973. 2. 13. 선고 72다2323 판결.

기하지 않은 자의 부동산물권이 보호될 수 있었다. 이러한 판례에 의하더라도 시효중단 또는 시효정지의 사유가 없는 한, 등기청구권의 소멸시효기간이 완성되는 1975년 12월 31일까지는 등기가 이루어져야만 보호받을 수 있었다.

그런데 1975년 말이 지나서도 역시 등기가 완전히 이행되지 않았다. 오랫동안 의사주의에 젖어 있었던 법의식 때문에, 또 한편으로는 신민법의 형식주의하에서 부동산을 매수한 자도 역시 등기를 하지 않았다. 그리하여 이번에는 판례가 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다는 판결을 함으로써, 이제는 등기하지 않는 자도 확실하게 보호받을 수 있게 되었다.

등기청구권이 소멸시효에 걸리지 않는다는 최초의 판결은 바로 대법원 전원합의체 판결 1976.11.6. 76 다148 이었다. 동 판결의 다수의견은 「부동산매수인의 등기청구권도 형식주의를 취하고 있는 현행 민법하에서는 채권적 청구권이라고 해석되나, 매수인이 매매 목적물을 인도를 받은 경우에는 다른 채권과는 달리 소멸시효에 걸리지 않는다」는 것이었다.

이 판결이 있고 난 후 계속해서 물권변동에 있어서 등기청구권은 채권적 청구권으로서 소멸시효의 대상이 되나, 법률행위의 목적물이 된 부동산을 등기청구권자가 인도받아 점유하고 있는 동안에는, 등기청구권에 대하여는 소멸시효가 진행되지 않는다.<sup>87)</sup> 증여계약 후 계약 목적물을 인도 받았다면 소유권 이전 등기청구권은 소멸시효의 대상이 될 수 없다.<sup>88)</sup> 부동산을 양수한 자가 목적물을 인도받은 경우에는 그 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다.<sup>89)</sup> 농지를 매수하여 경작하고 있으면 그 등기청구권은 소멸시효의 대상이 되지 아니한다고 판시 하였다. 더 나아가서 판례는 현행 민법행위 전의 법률행위로 인한 부동산에 관한 소유권 이전 등기청구권은 민법부칙 제10조의 기판이 경과한 1966년 1월 1일부터는 채권적 청구권으로서 10년의 소멸시효에 걸린다고 할 것이나, 부동산의 매수인이 그 부동산을 인도받은 경우에는 시효에 걸리지 아니하며, 이는 매수인이 매도인으로부터 그 등기신청서류를 받은 바 없다 하더라도 마찬가지라고 판결하였다.<sup>90)</sup>

87) 대법원 1976. 11. 23. 선고 76다342 판결.

88) 대법원 1976. 11. 23. 선고 76다546 판결.

89) 대법원 1977. 3. 28. 선고 74다2796 판결;

대법원 1978. 3. 28. 선고 78다290 판결; 대법원 1977. 8. 23. 선고 77다622 판결; 대법원 1980. 11. 25. 선고 80다1986 판결.

90) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79다1799 판결.

이와같이 대법원 판례는 등기청구권은 채권적 청구권으로서 소멸시효의 대상이 되지만, 등기청구권자가 그 부동산을 점유하고 있는 때에는 소멸시효에 걸리지 않는다는 것이다. 판례는 더 나아가 부동산매수인이 등기 없이 당해 부동산을 점유, 사용하다가 등기없이 이를 다시 매도한 경우에 당해 부동산의 점유를 이전해 준 매도인의 등기청구권도 역시 소멸시효에 걸리지 아니한다고 한다.<sup>91)</sup>

그런데 대법원 전원합의체판결 1976. 11. 6. 76 다 148의 판결 이유 중에서 소수의 보충의견이 두 가지가 제시되었다. 결론에 있어서는 등기청구권의 소멸시효에 걸리지 않는다는 것은 동일하지만, 그 이유로써, 첫째의 보충의견은 등기청구권은 채권적 청구권으로서 소멸시효에 걸리나 등기권리자가 점유하고 있으면 시효중단이 계속된다는 것이다. 즉 매수인이 그 매매계약의 이행으로 목적물의 점유의 이전을 받았으면, 달리 특별한 사유가 없는 한, 매도인은 매수인에 대한 등기의무의 존재를 승인하고 그 승인의 상태는 계속되고 있다고 보아야 한다는 것이다. 또 다른 보충의견은 등기청구권은 채권적 청구권이 아니고 물권적인 것에 가깝기 때문에, 등기청구권이 독립해서 소멸시효의 대상이 될 수 없다는 것이었다.<sup>92)</sup>

## 2. 등기청구권이 소멸시효에 걸리지 않는지에 대한 검토

판례<sup>93)</sup>는, 정정적 등기의 등기청구권은 물권적 청구권이기 때문에 소멸시효에 걸리지 않는다는 입장이다. 그러나 법률행위에 의한 부동산물권변동으로 인한 등기청구권은, 그것이 채권적 청구권이긴 하지만 등기권리권자가 이미 그 부동산을 점유하고 있는 경우에는 소멸시효에 걸리지 않는다고 한다.<sup>94)</sup>

이러한 판례의 태도에 대해 반대하는 견해는 등기청구권은 채권적 청구권으로서 소멸시효에 걸린다고 주장한다.<sup>95)</sup> 그리고 등기권리자의 보호는

91) 대법원 1999. 3. 18. 선고 98다32175 전원합의체 판결.

92) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009.188~198쪽.

93) 대법원 1999. 3. 18. 선고 98다32175 전원합의체 판결.

94) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 198쪽.

95) 박윤직, 상계, 판례연구, 황적인 편, 민법교재 II-I(물권법총론, 1987), 342쪽.

등기권리자가 점유를 하고 있으므로 점유취득시효에 의해 보호될 수 있지 않은가라고 주장한다. 동 견해에 의하면 부동산을 매수하여 점유를 취득한 자가 점유취득시효를 주장하려면 20년간 점유를 하여야 하고, 등기청구권은 10년의 소멸시효기간에 걸리는데, 어떻게 등기청구권이 10년의 경과로 시효소멸한 후에도 매수인이 점유취득시효가 완성될 때 까지 점유를 계속할 수 있다는 것을 인정할 것인가에 관해서는, 매수인은 「매각되어 인도된 물건의 항변」(exceptio rei et traditac)에 의해 가능하다고 한다.<sup>96)</sup> 매수인의 등기청구권이 시효로 소멸한 후에 법률상의 소유자인 매도인이 매수인에 대하여 목적물의 반환을 청구하는 법적 근거는 소유권에 기한 목적물 반환청구권이다. 매도인이 이 청구권을 행사하는 경우에, 매수인은 로마법의 법언에 나타나 있고 또한 독일민법의 해석상 학설·판례가 모두 인정하고 있는, 「매각되어 인도된 물건의 항변」을 하여 점유를 계속할 수 있다고 본다. 즉 부동산매수인이 아직 등기를 갖추고 있지 않은 경우에 그 매도인이 물권적 청구권을 행사하여 반환을 청구한다면, 매수인은 「매각되어 인도된 물건의 항변」을 주장할 수 있다고 한다.<sup>97)</sup>

한편으로는 법률행위로 인한 부동산물권변동의 경우의 등기청구권이든, 점유취득시효로 인한 등기청구권이든, 모두를 물권적 기대권으로부터 발생하는 일종의 물권적 청구권으로 보는 견해에 의하면, 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않게 되어 판례의 태도를 쉽게 인정할 수 있다고 본다.<sup>98)</sup> 확실히 등기청구권의 발생원인을 물권적 기대권으로 보고 그 성질을 물권적 청구권으로 본다면, 등기청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다는 결론에 쉽게 도달할 수 있다. 그러나 판례에 의하면 점유취득시효의 경우, 시효기간이 만료한 후에 제3자가 당해 부동산을 취득하면 시효취득을 가지고 그 제3자에게 대항할 수 없다고 하고 있으므로, 이러한 판례의 태도와는 모순되는 점이 있다. 점유취득시효기간의 만료로 물권적인 등기청구권이 발생한다고 보면, 시효기간 만료 후 취득하고 등기한 제3자에게도 대항할 수 있다고 하여야 할 것이기 때문이다. 이와 같이 물권적 기대권으로부터 등기청구권이 발생하고 그 성질을 물권적 청구권으로 보면, 법률행위로 인한 부동산물권변동의 경우의 등기청구권이 소멸시효에 걸리지 않는다는 점

96) 박윤직, 상계, 판례연구, 344면.

97) 박윤직, 물권법, 박영사, 1990, 179쪽.

98) 김중환, 판례평석, 법률신문, 1976, 12-17,

은 판례와 일치하지만, 점유취득시효로 인한 등기청구권의 경우에는 판례와 일치하지 않는다.

법률행위로 인한 부동산물권변동의 경우에 등기청구권이 소멸시효에 걸리지 않는다고 하는 판례도, 매수인이 당해 부동산을 점유하고 있을 때에는 소멸시효에 걸리지 않는다고 한다. 그러면 물권적 기대권은 물권행위를 하였을 때 발생한다는 견해도 있고, 물권행위뿐만 아니라 점유의 이전까지 있어야만 물권적 기대권이 발생한다고 보는 견해가 있다.<sup>99)</sup>

자세히는 후술할 것 이지만, 매도증서를 등기원인서면으로 이용 하였을 때에는 매도증서의 교부시, 즉 물권행위시에 물권적 기대권이 발생한다고 볼 수도 있었다. 그 후 검인계약서를 등기원인서면으로 이용하던 시기에는 채권행위시에 물권행위가 함께 행하여지므로, 채권행위시에 물권적 기대권이 발생한다고는 이론구성하기 어려웠으며, 물권행위뿐만 아니라, 점유의 이전까지 있어야 물권적 기대권이 발생한다고 할 수 있었다. 그리하여 매수인이 점유의 이전을 받기 이전 단계에서의 등기청구권의 성질과 점유의 이전을 받은 후의 등기청구권의 성질이 서로 다르게 된다는 문제점이 발생할 수 있었다. 그러나 등기청구권은 채권행위에서 발생하지만, 물권행위와 부동산 점유를 이전받으면 물권적 기대권의 효력으로서도 등기청구권이 발생한다고 설명할 수 있다.<sup>100)</sup>

### 3. 판례

이 사건은 1962.1.29.에 토지를 매수하여 인도받은 원고가 1975.2.26.에서야 피고 서울특별시를 상대로 소유권 이전등기절차의 이행을 소로써 청구한 사건이다. 이 사건에서 원심 고등법원은 “매수인의 등기청구권은 채권적 권리로서 그 권리를 행사할 수 있는 날로부터 10년이 경과되면 시효로 인하여 소멸하는 것이므로 원고의 이 사건 등기청구권은 시효기간의 만료로 소멸되었다”는 취지의 피고의 항변을 받아들여 원고의 등기이전청구를 배척 하였다.<sup>101)</sup> 그런데 대법원은 원고의 상고를 인용하여 이 사건을

99) 최종길, “물권적 기대권(V)”, 황정인 편, 민법교재 II-I(물권법총론, 1987), 190쪽.

100) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 190쪽.

101) 서울고등법원 1975 .12. 17. 선고 75나1449 판결.

고등법원으로 파기환송 하였던 것인데, 이 사건에서 대법원판사들은 판결의 결론을 모두 같이 하고 있으나 판결이유의 설시에 있어서는 심한 대립을 보였다. 즉 대법원판사 7인의 다수의견과 6인 및 2인의 서로 다른 별개의견으로 나뉘었던 바, 이는 학설의 주장과 대응하므로 상세하게 살펴볼 필요가 있다. 그 내용을 정리하면 다음과 같다.

### (1) 다수의견(소멸시효의 취지에 따른 해결설)

1) “토지나 건물등 부동산을 매수한 자가 아직 자기명의로 그 소유권이전등기를 경료하지 못 하였으나, 그 매매 목적물의 인도를 받아 이를 사용·수익 하고 있는 경우에는 물권변동에 있어서 형식주의를 취하는 우리의 법제상으로 보아 매수인에게 법률상의 소유권은 이전된 것이 아니므로 매수인의 등기청구권은 채권적 청구권에 불과”하다. 따라서 “소멸시효제도의 일반 원칙에 따르면 매매 목적물을 인도받은 매수인의 등기청구권도 소멸시효에 걸린다.”

2) “매매의 목적물은 부동산 자체이고 등기는 다만 부동산의 거래상황을 공시하기 위한 등기법상의 절차에 불과하므로 부동산의 매수인으로서 그 목적물을 인도받아서 이를 사용·수익하고 있는 경우에는 위 시효제도의 존재이유에 비추어 보아 그 매수인을 권리 위에 잠자는 것으로 볼 수도 없고”, 또 “매도인의 명의로 등기가 남아있는 상태와 매수인이 인도받아 이를 사용·수익하고 있는 상태를 비교하면 매도인 명의로 잔존하고 있는 등기를 보호하기 보다는 매수인의 사용·수익 상태를 더욱 보호하여야 할 것”이며, 매수인의 등기청구권 행사의 태만이 있었다 하여 매수인에게 인도까지 완료한 매매목적물이 매도인에게 환원된다는 것은 “우리나라 부동산 거래의 현실정에 비추어 심히 불합리”하다. 따라서 “부동산을 매수한 자가 그 목적물을 인도받은 경우에는 그 매수인의 등기청구권은 다른 채권과는 달리 소멸시효에 걸리지 않는다고 해석함이 타당하다.”<sup>102)</sup>

102) 이전등기를 하지 않은 부동산매수인이 목적물을 인도받아 사용·수익하고 있다가 목적부동산을 제3자에게 다시 매도하는 등의 처분행위를 함으로써 점유를 상실한 경우에도 매수인의 이전등기청구권의 소멸시효가 진행하지 아니하는가? 이에 대하여 대법원은 전원합의체판결(1999.3.18. 98다32175)에서 다수의견 및 보충의견은 “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 부

## (2) 별개의견 I,(소멸시효 중단에 의한 해결설)

1) 등기청구권은 채권적 권리로서 소멸시효의 대상이 된다.

2) 그러나 “우리 법제상 등기청구권이 매매목적물의 인도나 명도를 받은 경우와 받지 아니하고 있는 경우를 가려서 해석할 수 있는 법적근거를 찾아볼 수 없으니 위 등기청구권은 그 인도나 명도를 받은 여부에 불구하고 채권적 권리로서 모두 소멸시효의 대상이 된다.” “다만 매수인이 그 매매계약의 이행으로서 목적물의 인도나 명도를 받고 있으면 달리 특별한 사유가 없는한 매도인은 매수인에 대한 위 등기의무의 존재를 승인하였고, 그 승인의 상태는 계속하고 있다고 보아야 할 것”이므로 본건의 경우 부동산 인도로써 등기청구권의 소멸시효는 중단되고 그 상태는 계속되어 있다고 본다.

## (3) 별개의견 II,(물권적 기대권 내지 준물권설)

1) “부동산의 매매와 같은 법률행위에 의한 경우에 있어서 매수인이 매도인에 대하여 가지는 등기청구권은 그 원인행위인 채권행위로부터 발생한다고 볼 것이 아니라 당사자 사이에 그 목적 부동산의 소유권을 이전한다는 합의 즉 이른바 물권적 합의가 있어 이 합의로부터 당연히 소유권 이전 등기청구권이 발생한다고 봄이 상당할 것이고, 따라서 그 성질은 다분히

동산을 스스로 계속 사용·수익만 하고 있는 경우와 특별히 다를 바 없으므로 위 두 어느 경우에도나 이전등기청구권의 소멸시효는 진행되지 않는다고 보아야 한다”고 하여 1976.11.6. 선고 76다148 전원합의체 판결의 연장선상에 서있다고 할 수 있다. 다만, **반대의견**은 “부동산의 매수인이 매매 목적물을 인도받아 이를 사용·수익하고 있는 동안에는 그 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행하지 않는다고 보아야 할 것이나, 매수인이 목적물의 점유를 상실하여 더 이상 사용·수익하고 있는 상태가 아니라면, ... 점유의 상실원인이 무엇이든지 간에 점유 상실 시점으로부터 그 이전등기청구권의 소멸시효가 진행한다”고 한다.

한편 취득시효가 완성된 점유자가 점유를 상실한 경우, 소유권이전등기청구권의 소멸시효가 진행하는가의 여부에 대하여 대법원은 “토지에 대한 취득시효 완성으로 인한 소유권이전등기청구권은 그 토지에 대한 점유가 계속되는 한 시효로 소멸하지 아니하나, ... 취득시효가 완성된 점유자가 점유를 상실한 경우 취득시효 완성으로 인한 소유권이전등기청구권의 소멸시효는 이와 별개의 문제로서, 그 점유자가 점유를 상실한 때로부터 10년간 등기청구권을 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.”고 하여, 법률행위에 의하여 목적물의 인도를 받은 후에 점유 중이던 매수인이 매도 등의 처분행위를 통하여 점유를 상실한 경우와 달리 취급하고 있다.(대법원 1996. 3. 8. 선고 95다34866, 34873 판결)

물권적인 것에 가깝다고 보아야 할 것이다.”

2) “등기청구권은 그 자체가 독립하여 소멸시효의 대상이 될 수 없는 것”이다.

#### 4. 소 결

후술하듯이 이 글에서는 등기청구권을 물권적인 것에 가깝게 파악하는 물권적 기대권설을 받아들이지 않으므로 등기청구권은 일응 시효소멸함이 원칙이라는 입장에서 살펴본다.

등기청구권은 채권적 권리로서 부동산의 인도를 불문하고 언제나 소멸시효의 대상이 된다고 하면서, 다만, 매도인에 의한 목적부동산의 인도는 이전등기의무에 대한 채무자의 승인이며, 이러한 승인은 매수인이 목적부동산을 점유하는 한 계속되는 것이라고 한다. 그런데 매도인이 목적부동산을 매수인에게 인도한 것을 두고 매도인이 채무자로서 등기청구권이라는 채권을 묵시적으로 승인한 것으로 새기는 것은 결국 목적물 인도 의무의 이행을 이전등기 협력 의무의 이행과 동일시하는 셈인데,<sup>103)</sup> 아무래도 이는 논리의 비약이라고 생각된다. 그리고 설사 목적물의 인도로써 이전등기 협력 의무의 승인으로 인한 소멸시효중단이라는 법적 효과가 발생한다고 할지라도 그 효과는 승인의 의사표시의 도달과 함께 종료한다고 보아야 하므로,<sup>104)</sup> 목적물 점유의 계속를 승인상태의 계속으로 보아 시효중단의 계속을 이끌어 내는 것은 무리라고 생각한다.

결국 시효제도의 취지로부터 합당한 결론을 이끌어 내어야 한다고 본다. 즉, 등기는 실질적인 권리를 공시하는 수단에 불과한 것인데, 부동산매수인이 인도청구권을 행사하여 실질적으로 권리자로서 기능하고 있는데도 불구하고 일반적인 채권의 소멸시효기간인 10년이 경과 하였다고 하여 등기청구권의 시효소멸을 근거로 매도인의 반환청구를 인용함은 시효제도의 취지에 비추어 받아 들이기 곤란하다고 본다.<sup>105)</sup> 권리 위에 잠자는 자를 보

103) 박윤직, “부동산이전등기청구권의 법적 성질 및 그것이 시효로 소멸하는지의 여부”, 한국사법행정학회, 민사판례연구 I, 60쪽.

104) 윤진수, “소멸시효”, 민법학의 회현과 전망(한국민사법학회), 1994, 104쪽.

105) 김형배, 민법학강의, 신조사, 2008, 559쪽; 윤진수, 앞의논문, 104쪽.

호하지 않겠다는 것이 시효제도의 취지라면, 점유를 계속하는 매수인은 ‘등기청구권’이라는 권리 위에 잠자는 자라고 볼 수도 있겠으나 그렇게 형식적으로 파악하기 보다는 등기청구권의 궁극적 목적인 매수부동산의 소유권 보유라는 실질적 권리의 행사라는 견지에서 파악하여, 목적물을 인도받은 매수인은 ‘소유권’이라는 권리 위에 잠자는 것이 아니라고 볼 수 있기 때문이다. 반대설은 소멸시효가 원래 이유불문하고 시효완성에 따라 당연히 권리를 소멸케 하는 제도이므로, 부동산매수인이 목적물을 인도받아 사용·수익하고 있다 하여 예외를 인정할 필요는 없다고 주장한다.<sup>106)</sup> 그러나 생각건대 법의 기본이념으로서 법적 안정성과 구체적 타당성에 비추어 시효제도의 취지를 고려해보면, 매도인 명의로 잔존하고 있는 등기의 보호를 위하여 매수인의 사용·수익 상태를 외면함은 지나친 형식논리로 보인다. 그러므로 목적부동산을 점유하는 경우에 한해 시효소멸의 효과를 부인하는 것은 제도의 취지에 따라 제도 자체의 해석상 예외를 인정하는 것으로서 충분히 받아들일 만 하다고 생각한다.

106) 박윤직, 앞의논문(부동산이전등기청구권의 법적 성질 및 그것이 시효로 소멸하는지의 여부), 47쪽.

## 제5장 부동산 잔금 지급 후 소유권 이전 등기를 하지 않은 매수인의 법적 지위

### 제1절 매수인의 채권자로서의 법적 지위

#### 1. ‘매각되어 인도된 물건의 항변’(exceptio rei venditae et traditae)

##### (1) 개념 및 연혁<sup>107)</sup>

부동산매매로 매수인이 목적물을 인도받았으나 아직 이전등기를 갖추지 않은 경우에 매도인이 등기부상 소유자로 되어 있는 것을 기화로 매수인에 대하여 목적물반환청구권(민법 제213조)을 행사할 때, 목적물을 인도받아 점유하고 있는 매수인은 그 반환을 거절할 수 있는 바, 이를 ‘매각되어 인도된 물건의 항변’이라고 한다. 판례는 “대지의 매수인이 아직 소유권 이전 등기를 받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 대지를 인도 받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유, 사용할 권리가 생기는 것으로 보아야 할 것이고 매수인이 대지상에 건물을 소유하고 그 대지를 무상으로 사용하고 있는 상태에서 그 대지의 매매계약을 체결한 경우에도 다른 약정이 없는 한 매수인은 그 매매계약을 이행하는 과정에서 이를 점유, 사용할 권리를 가진다고 보는 것이 상당하다.<sup>108)</sup> 로마법에서는 요식행위에 의하지 아니하고 점유이전(traditae)이라는 무방식의 인도에 의한 물건(手中物<sup>109)</sup>)의 양도가 이루어진 경우에 양도인은 소유권회복의 소권(rei vindicatio)으로써 반환을 청구할 수 있었는데, 공화정 말기에 이르러 법무

107) 박윤직, “exceptio rei venditae et traditae의 현대적 관용”, 「법학」, 서울대학교 법학연구소, 제9권제1호 1967 .7, 144-149쪽.; 박윤직, 물권법, 박영사, 1990, 178-179쪽.

108) 대법원, 1992, 7, 28, 선고 92다10197 판결.

109) 手中物(res mancipi)은 이탈리아반도 내의 토지, 노예, 가축, 그리고 무체물인 이탈리아반도 내의 토지위에 성립된 지역권을 말하며, 非手中物(res nec mancipi)은 수증물의 물권을 말한다.(박윤직, 앞의논문, 139 쪽.)

관의 활동에 의하여 양수인에게 ‘그 물건은 양도인에 의하여 매수인에게 매각되어 인도된 물건(exceptio rei venditae et traditae)’이라는 항변을 인정함으로써 물건의 취득자를 보호하였던 바, 여기서 이러한 항변권이 비롯되었다.

## (2) 적용범위

부동산소유권의 이전을 목적으로 하는 물건행위는 채권행위에 기하여 그 이행행위로서 행하여진다. 채권행위가 무효이거나, 취소, 해제로 인하여 효력을 잃을 경우 매도인의 목적물 인도의무가 없어 ‘매각되어 인도된 물건의 항변’을 인정할 이유가 없는 것이므로 이 항변권은 부동산거래에 한하고 부동산소유권이전의 채권행위가 유효함을 전제로 한다. 항변권자인 매수인의 포괄승계인이나 특정승계인은 이 항변권을 행사할 수 있고, 항변권자는 매도인의 포괄승계인에 대하여 항변할 수 있으나 매도인의 특정승계인에 대하여는 이를 행사할 수 없다.(통설)<sup>110)</sup> 다만, 매도인의 반사회질서에 위반한(민법 제103조) 이중매매에 적극가담한 제2매수인에 대하여는 항변할 수 있다고 보아야 할 것이다.

## (3) 인정근거에 대한 검토

독일에서는 독일민법 제986조제1항 전단(점유자 또는 점유할 권리를 승계한 간접점유자는 소유자에 대하여 점유할 권리를 가진 경우에는 물건의 반환을 거절할 수 있다.)과 민법 제433조제1항 전단 매매계약으로 인하여 물건의 매도인은 매수인에게 물건을 인도하며 또 물건의 소유권을 이전할 의무를 부담한다.에 의거하여 이러한 항변을 인정한다. 다시 말하자면 물건매도인의 목적물인도의무와 소유권 이전의무 규정에 따라 물건의 매수인은 물건에 대하여 점유할 권리(Recht zum Besitz)를 가지고, 점유할 권리를 가진 점유자는 소유권자에 대하여 반환거절권을 가지는 바, 유효한 매매계약에 의하여 목적부동산이 매도인으로부터 매수인에게 인도된 이상, 비록 당사자가 물권적 합의(Auflassung)를 하지 않은 경우에도 매수인은

110) 박윤직, 앞의논문, 179쪽.

매도인에게 ‘매각되어 인도된 물건의 항변’을 행사할 수 있는 것이다.<sup>111)</sup>

우리나라에서 ‘매각되어 인도된 물건의 항변’을 주장하는 견해는 현행법상 근거로서 점유권에 기한 반환거부권을 규정한 민법 제213조 소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다. 와 매도인의 재산권이전의무를 규정한 민법 제563조 매매는 당사자일방이 재산권(채권, 물권, 무체재산권)을 상대방에게 이전할 것을 약정(낙성계약)하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다, 및 신의성실의 원칙을 규정한 민법 제2조 ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다. ② 권리는 남용하지 못한다, 를 들고 있다.<sup>112)</sup>

대법원도 “토지의 매수인이 아직 소유권 이전 등기를 경로받지 아니하였다 하여도 매매계약의 이행으로 그 토지를 인도받은 때에는 매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리가 생기게 된 것으로 보아야 하고, 또 매수인으로부터 위 토지를 다시 매수한 자는 위와 같은 토지의 점유사용권을 취득한 것으로 봄이 상당하므로, 매도인은 매수인으로부터 다시 위 토지를 매수한 자에 대하여 토지소유권에 기한 물권적 청구권을 행사하거나 그 점유·사용을 법률상 원인이 없는 이익이라고 하여 부당이득반환청구를 할 수는 없다.”<sup>113)</sup>고 하여 부동산매수인과 그 승계인에게 매매계약의 효력에 기한 점유권에 근거하여 항변권을 인정하고 있어 통설과 다를 바가 없다.

검토하건대 통설<sup>114)</sup>과 판례<sup>115)</sup>가 설명하는 바와 같이 매매계약의 이행으로 부동산을 인도받은 매수인은 민법 제563조에 따른 매매계약의 효력으로서 이를 점유·사용할 권리를 가지며, 이는 민법 제213조 단서가 규정

111) Staudinger-Berger, kommenta zum BGB. III. 11. Aufl., 1956, A. 5 zu 986. (강석창, “부동산 물권변동의 적용법리에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 1987, 176쪽, 주)97에서 재인용.)

112) 박윤직, 앞의책, 165쪽.

113) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다45355 판결. (이러한 법리는 대물변제 약정에 의하여 매매와 같이 부동산의 소유권을 이전받게 되는 자가 이미 당해 부동산을 점유·사용하고 있거나, 그로부터 다시 이를 임차하여 점유·사용하고 있는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 연립주택 신축공사의 수급인이 공사대금의 지급에 갈음하여 이전받기로 한 연립주택의 일부를 소유권이전등기를 경로받지 않은 상태에서 제3자에게 임대한 경우, 소유자인 건축주는 위 제3자에게 소유권에 기한 명도청구나 부당이득반환청구를 할 수 없고, 수급인이 건축주의 소유권이전등기의무와 동시이행관계에 있는 금전지급의무를 이행하지 않고 있다 하더라도 마찬가지라고 한 사례.)

114) 박윤직, 앞의논문, 179쪽.

115) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다45355 판결.

하는 점유할 권리에 해당하므로 매수인이 매도인의 소유물반환청구를 거절함에 있어 민법 제213조 단서에 근거하여 이러한 항변권을 인정하면 족하며, 굳이 로마법상의 항변을 원용할 필요는 없다고 생각한다.

## 2. 부동산 이중매매에서 제1매수인의 법적 지위

우리 민법 제186조에 의하면 법률행위로 인한 부동산물권의 변동은 등기하여야 그 효력이 생긴다고 하여 이른바 성립요건주의(형식주의)를 채택하고 있다.<sup>116)</sup> 등기를 갖추지 않은 상태라면 소유권을 취득하지 못하고 단지 채권자 지위에 머물러 있다고 볼 수 있다.<sup>117)</sup>

여기서 부동산매도인이 제1매수인에게 매도하였지만 아직 등기이전이 되어 있지 않음을 기회로 다시 제2매수인과 매매계약을 체결한 다음 등기이전까지 경료한 경우에 제1매수인의 법적 지위가 문제된다. 이 경우 소유권이전등기를 경료하지 않은 제1매수인은 형식주의로 인하여 소유권을 취득하지 못하고 제2매수인이 소유권을 취득한다. 등기를 먼저 완료한 사람이 제3자에 대한 관계에서 소유권을 취득한다는 점에서는 부동산물권변동에 관하여 대항요건주의를 취하든 성립요건주의를 취하든 동일하다.<sup>118)</sup> 이러한 부동산 이중매매는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반할 뿐만 아니라, 일반적으로 거래관계에서 요구되는 신의와 성실의 이념을 해치는 결과를 초래한다. 제1매수인은 채권자로서 채무불이행으로 인한 손해배상청구권(민법 제390조) 및 계약해제권(민법 제546조)과 매매대금에 대한 배상청구권을 행사할 수 있을 뿐이다.

부동산 이중매매는 원칙적으로 유효하다. 민사거래에서는 자유경쟁의 원칙이 적용되고, 채권은 상대적이고 채권자는 모두 평등한 지위에 있으므로, 제1매수인보다 제2매수인이 늦게 이루어졌다고 하여 제2매수인의 지위가 불안정할 이유가 없기 때문이다.

그러나 통설<sup>119)</sup>과 판례<sup>120)</sup>는 이중매매가 매도인의 배임행위 및 제2매수

116) 김준호, 민법강의, 법문사, 2007, 446쪽.

117) 김학동, 경희법학, 제42권 제1호, 경희법학연구소, 2007, 6, 215쪽.

118) 김상목, 중앙법학, 제4호, 중앙법학회, 2001, 68쪽.

119) 박윤직, 앞의논문, 179쪽.

인의 적극가담행위에 의하여 이루어진 경우, 제2매매계약은 반사회질서의 법률행위(민법 제103조)로서 무효로 된다고 한다. 그런데 부동산이중매매가 무효가 된 경우에 있어 제1매수인은 바로 이전등기를 하지 않은 부동산매수인으로서 법적 보호가 요구되는 경우에 해당한다. 따라서 이 경우에 있어 제1매수인의 법적 지위에 관하여 살펴본다.

### (1) 불법행위 및 채무불이행에 기한 권리

매도인의 이중매매가 형법상 배임죄에 해당하면 민법상 불법행위의 요건인 위법성이 인정되므로 매도인은 제1매수인에 대하여 불법행위책임을 진다. 제2매수인 역시 위법성이 인정되는 경우에 제3자채권침해로 인하여 제1매수인에 대하여 불법행위책임을 지게 된다. 이때 양자의 책임은 공동불법행위책임으로서 부진정연대채무에 해당하므로 제1매수인은 어느 쪽에 대하여도 손해배상청구를 할 수 있다.

한편 제1매수인은 매도인의 채무불이행에 기한 손해배상청구권과 계약해제권을 행사할 수 있다. 그 외에 매도인이 제2매수인으로부터 받은 대금은 제1매수인에 대한 이행의 목적물인 부동산에 갈음하여 취득한 이익이므로 제1매수인은 매도인에 대하여 배상청구권을 행사할 수도 있다. 그런데 채무불이행에 기한 손해배상청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권은 경합적으로 병존하므로 제1매수인은 양자를 선택적으로 행사할 수 있다.(청구권경합설)<sup>121)</sup>

### (2) 부동산 소유권의 회복가능성

이중매매가 반사회질서의 법률행위로서 무효가 된 경우에 제2매수인에게 행하여진 소유권이전등기를 말소시키고 제1매수인 앞으로 소유권이전등기를 경료시킬 수 있는 방법은 무엇인가?

#### 1) 불법원인급여와 매도인의 반환청구권

120) 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다55289 판결.

121) 박윤직, 판례교재 물권법, 1973, 231쪽.

매도인이 제2매수인에게 넘어간 부동산소유권을 회복한다면 제1매수인은 등기청구권을 행사하여 목적부동산을 되찾아 올 수 있을 것이다. 그러므로 매도인이 제2매수인에 대하여 제2매매계약의 무효에 근거하여 소유권자로서 물권적 반환청구권을 행사할 수 있는냐를 검토할 이유가 있다.

물권행위 무인론에 의한다면 원인행위인 이중매매가 무효화하더라도 소유권이전의 물권행위는 여전히 유효하므로 매도인이 제2매수인에 대하여 물권적 청구권을 행사할 수 없다. 하지만 물권행위 유인론에 의하면 이중매매의 무효로 인하여 물권행위도 무효가 되므로 매도인이 제2매수인에 대하여 물권적 청구권을 행사할 수 있는냐의 문제가 제기될 수 있다. 그러나 1979년 전원합의체 판결<sup>122)</sup>은 “민법 제746조는 단지 부당이득제도만을 제한하는 것이 아니라 동법 제103조와 함께 사법의 기본이념으로서, 결국 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 스스로 불법한 행위를 주장하여 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없다는 이상을 표현한 것이므로, 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득반환청구를 할 수 없음은 물론, 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없고 따라서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속된다”고 하여 이를 부인하고 학설도 마찬가지이다. 그러므로 매도인은 목적물에 대하여 불법원인급여자로서 부당이득반환청구권은 물론 소유권에 기한 물권적 반환청구권도 행사할 수 없다.

## 2) 제1매수인의 채권자대위권

판례<sup>123)</sup>는 “형식주의 아래서의 등기청구권의 성질에 비추어” “매도인의 제1매수인에 대한 배임행위에 가담하여 소유권이전등기를 경료한 제2매수인에 대하여 매수인이 직접 등기의 말소를 청구할 수는 없으나, 매도인을 대위하여 청구할 수는 있다고 한다. 그런데 반사회적 이중매매를 이유로 한 소유권이전은 불법원인급여이므로 매도인은 제2매수인에게 소유권이전

122) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결.

123) 대법원 1983. 4. 26. 선고 83다카57 판결.

등기의 말소를 청구할 수 없다고 한다면, 피대위권리의 부재로 인하여 제1매수인은 채권자대위권을 행사할 수 없게 된다. 그럼에도 판례는 근거를 제시하지 않은 채 제1매수인은 매도인을 대위하여 제2매수인에게 등기의 말소를 청구할 수 있다고 한다. 판례에 의하면 결국 매도인의 제2매수인에 대한 등기말소청구권은 부인되지만, 제1매수인은 매도인의 등기말소청구권을 대위할 수 있다는 기이한 결과가 된다.

학설<sup>124)</sup>은 매수인보호를 위하여 등기말소청구권의 대위행사를 허용하는 판례의 결론을 지지하면서, 제746조(불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.)의 적용을 배제하기 위한 여러가지 이론구성을 시도하고 있다. 부당이득반환청구권 배제의 인정근거 및 한계를 고찰할 때 부당이득반환청구권이 단지 채권자대위의 피대위권리가 됨에 불과한 때에는 746조의 적용이 없다.<sup>125)</sup>고 하거나, 제103조와 비교하여 제746조의 불법의 범위를 좁게 해석하여 선량한 풍속위반만을 포함시키고 이중매매와 같은 사회질서위반은 제외시켜야 한다는 견해<sup>126)</sup> 등이 있다. 판례<sup>127)</sup>는 “수익자의 불법성이 급여자의 그것보다 현저히 크고, 그에 비하면 급여자의 불법성은 미약한 경우에도 급여자의 반환청구가 허용되지 않는다고 하는 것은 공평에 반하고 신의성실의 원칙에도 어긋난다고 할 것이므로, 이러한 경우에는 민법 제746조 본문의 적용이 배제되어 급여자의 반환청구는 허용된다”고 해석하는 바, 이를 이중매매의 경우에 적용하면 매도인은 제2매수인에게 소유권 이전 등기의 말소를 청구할 수 있게 된다.

생각건대 법률상 보호받아야 할 제3자가 있는 경우에는 민법 제746조의 적용을 제한하여 피대위채권을 인정해야 할 것이다. 즉, 이중매매에 있어 제1매수인은 매도인을 대위하여 제2매수인에게 부당이득반환청구권(민법

124) 이용훈, “반사회적 이중양도와 불법원인급여”, 1984, 34~35쪽.

125) 이영준, 민법총칙, 박영사, 1992, 224쪽. 따라서 이중매매에는 제746조가 적용되지 않으므로 매도인의 제2매수인에 대한 부당이득반환청구권 또는 소유물반환청구권·소유권이전등기말소청구권이 존재한다.

126) 송덕수, “민법 제746조 적용에 있어서 불법성의 비교”, 민사판례연구 제18권(1996), 331쪽.

127) 대법원 1993. 12. 10. 선고 93다1294 판결. 부동산의 명의수탁자가 그 부동산을 매도한 것이 반사회적 법률행위로서 무효인 경우 매도인인 명의수탁자의 불법성이 매수인의 불법성보다 크다고 하여 매수인의 매매 대금반환청구를 인용한 사례.)

제741조) 또는 소유권에 기한 물권적 청구권 (민법 제213조, 제214조)에 근거하여 소유권반환 및 이전등기말소의 청구권을 행사할 수 있다고 해석함으로써, 급부의 정당한 귀속자라고 할 제1매수인의 소유권을 회복시켜 주어야 할 것이다.

### 3) 불법행위(제3자채권침해)에 기한 원상회복청구설

손해배상방법을 규정한 민법 제394조와, 제763조는 어디까지나 금전배상의 원칙을 선언한 것에 불과하므로, 당사자의 의사표시나 특별한 사정이 있는 경우에 원상회복을 인정하는 것이 위 규정에 반하는 것은 아니라고 하면서, 제1매수인이 제2매수인에 대하여 제3자채권침해를 이유로 불법행위책임을 물을 때 금전배상 대신에 원상회복을 청구할 수 있도록 하여 법의 흠결을 보완할 수 있다는 주장<sup>128)</sup>이 제기된다. 이에 의하는 경우 제1매수인은 제2매수인으로부터 전득한 선의의 제3자에게는 대항할 수 없다.

불법행위에 기한 원상회복설에 대한 반대론은 이 이론이 한편으로는 제2매수인이 유효한 계약에 의하여 소유권을 취득하였음을 인정하면서, 다른 한편으로는 이로 인한 불법행위책임을 져야한다고 하는 것은 명백한 가치충돌이라고 비판한다.<sup>129)</sup> 한편 제3자채권침해로 인한 불법행위로 인한 손해배상채권의 채권자는 제1매수인인데, 매도인 본인이 아닌 제1매수인이 (매도인에게로의) 원상회복을 청구하는 것은 아무래도 이상하다.<sup>130)</sup> 검토하건대 이상의 비판 외에도 민법의 금전배상의 원칙상 제2매수인의 동의가 없이는 원상회복이 불가능하다는 난점을 고려할 때 제1매수인의 제2매수인에 대한 원상회복청구는 인정하기 어렵다.<sup>131)</sup>

### 4) 사해행위 취소권설

무효인 법률행위도 채권자취소권의 대상이 될 수 있다(무효와 취소의 이

128) 윤진수, “부동산의 이중양도에 관한 연구: 제1양수인의 원상회복을 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 1993, 199쪽.

129) 박영규, “부동산이중매매에 관한 이론 비판”, 법률행정논집 제8권(2001), 125-126쪽.

130) 김현태, “부동산이중매매의 경우 전개될 수 있는 법률관계”, 법학론집 제2권(1987), 144쪽.

131) 송덕수 집필부분, 박윤직 대표집필, 「민법주해(IX)」, 박영사, 1997, 60쪽.

중효)는 입장에서, 이중매매가 반사회질서의 법률행위(민법 제103조)로서 무효가 된 경우에 매도인과 제2매수인간 매매계약이 민법 제466조의 사해행위에 해당한다면 제1매수인은 채권자취소권을 행사하는 방법을 통하여 소유권을 회복할 수 있다는 주장<sup>132)</sup>이 있다. 이렇게 되면 제1매수인은 굳이 매도인의 권리를 대위할 필요도 없거니와 선의의 전득자는 보호(민법 제416조제1항 단서)를 받게 된다. 이 견해는 판례<sup>133)</sup>가 특정물에 대한 소유권 이전 등기청구권을 보전하기 위한 채권자취소권의 행사를 부인하는 태도를 비판하면서, 이중매매로 인하여 매도인이 무자력이 되는 경우 제1매수인이 채권자취소권을 행사함으로써 제2매매계약을 취소하고 그에 따라 매도인에게 소유권이 복귀되면, 매도인을 상대로 소유권이전을 청구할 수 있다고 한다.<sup>134)</sup>

그러나 채권자취소권은 모든 채권자를 위하여 채무자의 책임재산을 보전하는 권리이므로 채권자대위권의 경우와는 달리 등기청구권과 같은 특정채권의 보전을 위해 채권자취소권을 행사하는 것은 허용되지 않는다.<sup>135)</sup>고 본다. 채권자대위권이 특정채권의 보호를 위해 전용되고 있는 것처럼, 채권자취소권을 전용하여 제1매수인을 보호하자는 것이다.<sup>136)</sup>

132) 김중환, “부동산이중매매의 반사회성”, 저스티스 제10권(1972), 193쪽.

133) 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결. (채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로, 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다.)

134) 황중훈, “부동산 이중양도에 관한연구”, 『부동산학보』, 제20집, 한국부동산학회, 2002, 12.

135) 대법원 2001. 12. 27. 선고 2001다32236 판결; 대법원 1996. 9. 20. 선고 95다1965 판결.

136) 홍준의, “부동산이중매매와 제1매수인의 보호”, 김기수교수 화갑기념 논문집, 박영사, 1992, 236-248쪽.

## 제2절 물권적 기대권이론에 따른지위

### 1. 독일의 물권적 기대권이론 개요<sup>137)</sup>

독일민법상 부동산소유권 이전을 위해서는 일정한 방식에 따른 당사자간 부동산소유권이전의 합의(Auflassung, BGB §863)와 등기(Eintragung)가 필요하다. 구체적으로 살펴보면, 합의(Auflassung)은 쌍방의 합의에 의하지 않는 한 철회가 불가능하고 언제나 당사자 또는 대리인이 관할관청에 출두하여 행하는 것이므로 그 자체가 무효 또는 취소되는 일은 생기지 아니하며, 또한 합의(Auflassung)은 공정증서가 작성된 원인행위가 제시되어야만 관할관청이 이를 접수할 뿐만 아니라, 이는 원인행위에 영향받지 않는 무인행위이므로 등기경료 전에 합의(Auflassung)는 영향을 받는 일은 거의 없다. 따라서 등기전의 합의(Auflassung)는 수령자의 지위는 확보되어 있는 것이다.

한편 합의(Auflassung) 뿐만 아니라 등기가 부동산소유권 이전의 효력발생요건이 되는데, 독일에서는 등기관에게 실질적 심사권이 부여되어 있기 때문에 등기신청(독일부동산등기법 제13조)으로부터 등기경료시까지 상당한 시간이 소요된다. 그러므로 합의(Auflassung)에 이은 등기신청 후 소유권이전등기가 경료되지 않고 있는 동안, 부동산매수인의 법적 지위를 물권적 기대권의 취득자로 보아 단순한 채권자와 달리 취급하자는 물권적 기대권이론이 주장되게 된 것이다. 양도인에 의하여 더 이상 침해될 수 없는 법적 지위인 물권적 기대권의 구체적인 성립요건에 관하여는 견해가 있긴 하지만, 독일연방법원에 의하면 물권적 기대권이 부동산매수인에게 귀속되기 위하여는 단순한 등기신청만으로는 부족하고 합의(Auflassung)의 표시에 이어 등기부상 소유권창설에 관한 청구권보전을 위한 가등기의 신청이 있어야 한다고 한다.

137) 윤철홍, 물권적 기대권이론, 비교사법 제11권1호, 한국비교사법학회, 2004. 161-172쪽.(황성일, “등기전 매수인의 법적 지위에 관한 연구”, 성균관대학교 일반대학원, 2009, 60-68쪽에서 재인용하여 요약함.)

## 2. 우리나라에서 물권적 기대권이론의 실익

부동산매수인이 이전등기를 하지 않은 경우 소유권을 취득할 수는 없지만, 처분행위인 물권행위를 완료하고 대금도 완납하고 목적물의 인도까지 받은 터에 이를 단순한 채권자와 동일시할 수는 없다. 따라서 이 경우에 부동산매수인에게 물권과 채권의 중간적인 권리로서 물권에 유사한 권리 내지 준물권, 즉 물권적 기대권이라는 법적 지위를 인정함으로써 그를 보호하자는 것이다. 비록 우리 민법이 부동산 물권변동에 관한 대원칙으로서 형식주의를 채택하고 있지만, 우리의 부동산거래현실이 원칙만으로 해결할 수 있을 만큼 단순하지 않다는 데에, 그러한 법원칙이 있음에도 불구하고 현실적으로 나타나는 장기간의 미등기 현상을 법적 보호의 영역에서 제외할 수 없다는 요청이 존재하는 것이다.

대법원이 “부동산명의신탁자<sup>138)</sup>는 그 채권계약에 기하여 수탁자에 대한 관계에 있어서는 등기없이 그 부동산에 대한 그의 실질적인 소유권을 대항할 수 있다”<sup>139)</sup>고 한 데서 보듯이 형식주의 하에서도 내부적 소유권과 외부적 소유권의 분화에 의한 이해가 가능하다면, 이전등기를 하지 않은 부동산매수인의 내부적 소유권을 부인할 근거는 없다는 주장<sup>140)</sup>이 있다. 그런데 이러한 소유권의 분화는 물권의 대원칙인 일물일권주의와 물권법정주의에 반하게 되므로, 이를 소유권의 분화로 이해하기보다 물권적 기대권을 인정함이 현실적이라는 견해<sup>141)</sup>도 있다.

어쨌든 물권적 기대권론자들은 물권적 기대권을 인정함으로써 소유권 이전 등기를 하지 않은 부동산매수인의 지위를 일원적으로 설명할 수 있다고 주장하는 바, 관련된 내용을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

### (1) 절대성과 배타성

물론 물권의 본질적 속성인 절대성이 물권적 기대권에 있어 인정될 것인가에 관하여는 이를 부정하는 견해가 지배적이며,<sup>142)</sup> 따라서 물권적 기대

138) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제8조 1항

139) 대법원 1972. 11. 28. 선고 72다1789 판결.

140) 이은영, 물권법, 박영사, 2002, 96쪽.

141) 윤철홍, 앞의논문, 163쪽.

권자가 제3자에 대하여 자신이 소유권자임을 주장할 수는 없다. 하지만 일반물권과 같은 절대성은 아니더라도 부분적인 절대성은 인정될 수 있으므로 물권적 기대권이 제3자에 의하여 침해된 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권을 행사함에는 문제가 없다고 한다. 한편 물권적 기대권을 보유하고 있더라도 부동산 이중매매에서 보듯이 제3자가 목적부동산의 소유권을 취득할 수 있게 되므로 물권적 기대권의 배타성은 인정하기 곤란하다.<sup>143)</sup>

## (2) 부동산에 대한 사용·수익권능

물권적 합의 후 대금을 완납하고 등기서류와 부동산을 인도받은 매수인은 물권적 기대권자로서 자기의 권능으로 부동산을 계속 점유하고 이를 사용·수익할 수 있게 된다. 만약 제3자가 사용·수익을 방해한 경우에는 점유권에 기한 방해배제청구권 뿐만 아니라, 물권적 기대권 자체에 기한 방해배제청구권을 행사할 수 있으며, 아울러 손해배상청구권을 행사할 수 있다.<sup>144)</sup> 또 자기의 권능으로 부동산을 사용·수익하는 물권적 기대권자가 그로 인한 이익을 부당이득으로 반환할 이유도 없다.

## (3) 부동산에 대한 처분권능과 양도성

물권적 기대권자는 부동산을 준물권자로서 점유하므로 비록 등기를 하지 않은 상태라 하더라도 소유권의 권능 중 처분권이 제한되지 않아 부동산을 자유로이 처분할 수 있다고 본다. 대법원이 “부동산을 매수한 자가 그 소유권 이전 등기를 하지 아니한 채 이를 다시 제3자에게 매도한 경우에는 그것을 민법 제569조에서 말하는 '타인의 권리 매매'라고 할 수 없다.”<sup>145)</sup>고 한 것이 이를 뒷받침 한다. 그러므로 이전 등기를 하지 않은 부동산의 양도에 관하여는 채권양도 규정이 적용되어서는 아니된다. 다만 중간생략등기의 경우에는 이를 금지하는 법률을 고려하여 일단 자신에게 이

142) 김중환/김학동, 물권법, 박영사, 1997, 96쪽.

143) 김중환/김학동, 물권법, 박영사, 1997, 96~97쪽.

144) 김중환/김학동, 앞의책, 96쪽.; 이은영, 앞의책, 99쪽.

145) 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다55245 판결.

전 등기를 한 다음에 다시 제3취득자에게 이전 등기를 경료하도록 해야 할 것이다.<sup>146)</sup>

#### (4) 등기청구권의 법적 성질

전술하였듯이 이전등기를 하지 않은 부동산매수인의 등기청구권을 채권적 청구권으로 파악하는 대법원 다수의견과 별개의견 I 은 매수인이 목적물을 점유하는 한 등기청구권이 시효소멸하지 않는다고 본다. 그러나 등기청구권이 채권적 청구권임에도 불구하고 매수인보호를 위하여 예외적으로 시효소멸하지 않는다는 무리한 법해석을 하기보다는, 부동산매수인의 물권적 기대권자의 지위를 인정함으로써 등기청구권은 물권적 청구권으로서 당연히 소멸시효에 걸리지 않는다고 해석하는 것이 일의적인 설명이 된다.

#### (5) 중간생략등기에 있어 등기청구권자의 보호

형식주의의 대원칙을 내세워 부동산등기특별조치법을 효력규정으로 보아 중간생략등기를 무효(무효설)<sup>147)</sup>로 하지 않는 한, 중간생략등기에 있어 중간자의 법적 지위에 대한 법리구성이 문제된다. 이에 관하여 최초양도인, 중간취득자, 최종양수인 등 3자의 합의를 조건으로 중간생략등기가 유효(조건부유효설)<sup>148)</sup>라고 하거나, 독일민법 제185조제1항의 ‘무권리자의 처분은 권리자의 동의를 얻어서 행한 것인 때에는 유효하다’는 규정을 유추 적용하여 중간자의 동의가 없이도 중간생략등기는 유효(무조건유효설-처분권부여설)<sup>149)</sup>라고 하거나, 채권양도규정을 해결(채권양도설)하려는 견해<sup>150)</sup> 등이 있지만, 이를 물권적 기대권이론에 의하여 간명하게 해결할 수 있다고 한다.<sup>151)</sup> 즉, 중간자가 자기명의로 등기하지 않고 양도하는 권리는 물권적 기대권이므로 점유이전을 받은 최종양수인은 중간자의 동의없이 최

146) 김중환·김학동, 앞의책, 96쪽.

147) 김상용, 물권법, 법문사, 1999, 174쪽.

148) 대법원 1997. 5. 16. 선고 97다485 판결; 대법원 1995. 8. 22. 선고 95다15575 판결.

149) 박윤직, 앞의책, 155쪽.

150) 이호정, “부동산의 최종매수인의 최초매도인에 대한 등기청구권”, 고시계(1993.8.), 20쪽.

151) 김중환, 앞의책, 74쪽.

초양도인에게 중간생략등기청구권을 행사할 수 있어, 무조건유효설의 결론을 무리없이 이끌어낼 수 있다는 것이다.

#### (6) 부동산물권변동의 의의와 원인 검토

물권적 기대권을 인정하는 견해는 물권적 기대론을 인정하는 것이 거래 현실과 일반의 법의식에 부합한다고 하지만, 이제 형식주의에 입각한 현행 민법이 시행된지 60년이 넘었으며 그동안 일반인의 법의식에도 많은 변화가 일어났다는 점을 감안해보면 반드시 그렇다고 볼 수 없다. 그리고 이중매도인의 배임행위에 적극가담하지 않은 부동산 이중매매를 유효하다고 보는 실정을 감안해보면, 등기를 갖추지 않은 부동산취득자의 지위는 물권적 지위를 인정해야 할 만큼 확고하다고 할 수도 없다.<sup>152)</sup> 부동산취득자가 설정이 용이한 가등기제도가 있음에도 불구하고 이를 이용하지 않고 본등기도 갖추지 않은 상태를 보호하기 위하여 새로운 이론을 끌어들이는 것은 타당하지 않다.

요컨대 등기서류 일체를 교부받고서도 등기를 하지 않은 취득자를 민법의 형식주의에 거슬러가며 특별히 보호해야할 이유는 없는 것이며, 단지 해결이 간명하다고 하여 새로운 이론을 도입하는 것은 바람직한 태도가 아니라고 생각한다.

### 제3절 점유자로서의 지위

성립요건주의하에서는 등기 하지 않은 부동산의 점유자를 보호할 필요가 있느냐는 의문을 제기할 수도 있다. 그러나 아무리 성립요건주의하에서라고 하더라도, 등기신청에 필요한 서류를 모두 교부받았으나, 매도인의 인감증명의 유효기간이 지나버렸다든지, 기타 사유로 인하여 등기하고 있지 못한 자를 법의 보호 밖에 방치할 수는 없다. 특히 등기신청의무주의가 실행되어 법정의 기간 내에 등기하지 않으면, 과태료를 물게 되는데, 과태료

152) 박윤직, 부동산물권변동의 연구, 박영사, 1968, 223쪽.

지급이 곤란하여 아예 등기를 하지 않는 자도 생겨날 것이다.

그리고 토지거래에 관해서는 각종의 규제를 하고 있다, 즉 농지취득의 경우에는 농지취득자격증명을 얻어야 하고(농지법 제8조), 허가구역 내의 토지거래계약은 허가를 받아야 하는데(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제118조), 이러한 경우에 증명이나 허가를 받지 않으면 등기할 수가 없다. 허가나 증명을 요하는 입법취지를 관찰하기 위해서는, 그러한 허가나 증명을 받지 못한 매수인의 점유를 보호하지 말아야 할 것이다. 그러나 우리 판례가 농지취득자격증명을 받지 못한 농지매수인의 점유를 정당한 권원에 의한 점유로 인정하고 있음에 비추어, 공적 제재를 받는 것은 별론으로 하고, 등기할 수 없는 매수인의 점유를 불법점유라고 할 수는 없다. 특히 매도인이 매수인의 점유에 대해서 다투지 않을 때는 더욱더 그러하다.

이와 같이 물권행위와 점유의 이전은 있었으나 등기하지 못한 자의 법적 지위를, 사법적으로는 물권적 기대권으로 인정할 수 있을 것이다.<sup>153)</sup>

#### 제4절 소결

물권적 기대권을 인정하는 견해는 물권적 기대론을 인정하는 것이 거래 현실과 일반의 법의식에 부합한다고 하지만, 이제 형식주의에 입각한 현행 민법이 1962년도에 시행되었고, 그동안 일반인의 법의식에도 많은 변화가 일어났다는 점을 감안해보면 반드시 그렇다고 볼 수 없다. 그리고 이중매도인의 배임행위에 적극가담하지 않은 부동산이중매매를 유효하다고 보는 실정을 감안해보면, 등기를 갖추지 않은 부동산취득자의 지위는 물권적 지위를 인정해야 할 만큼 확고하다고 할 수도 없다.<sup>154)</sup>

물권적 기대권은 성립요건주의하에서 그 제도의 이상인 등기의 이행과 등기의 이행을 하지 않는 현실간의 괴리현상을 메꾸어 줄 수 있는 이론이다. 물론 대항요건주의하에서는, 물권적 기대권 인정의 필요성이 거의 없다.

153) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 177쪽,

154) 박윤직, 부동산물권변동의 연구, 박영사, 1968, 223쪽.

성립요건주의를 취한다 하더라도 등기하지 않은 사례가 발생할 가능성이 있고, 부동산의 불법점유가 아닌 한 등기 하지 않은 자를 완전히 법의 보호 밖에 둘 수만은 없다.

우리 판례<sup>155)</sup>는 물권적 기대권을 명시적으로 인정하고 있지는 않지만, 결국 물권적 기대권을 인정하는 것과 동일한 결과를 인정하고 있다. 물권적 기대권은 형식주의하에서 등기를 갖추지 못한 진정한 권리자를 보호할 사회적 필요성에 부딪쳐 정립된 이론이므로, 우리 판례도 이를 명시적으로 인정함이 타당하다. 다만 물권적 기대권 인정의 요건은 부동산을 점유하고 있으나 등기만을 갖추지 못한 자로 제한함이 타당하다.<sup>156)</sup>

부동산취득자가 설정이 용이한 가등기제도가 있음에도 불구하고 이를 이용하지 않고 본등기도 갖추지 않은 상태를 보호하기 위하여 새로운 이론을 끌어들이는 것은 타당하지 않다.



---

155) 대법원, 1999, 3, 23, 선고 98다59118, 판결.

156) 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 177쪽,

## 제6장 결 론

물권의 변동은 물권의 발생 · 변경 · 소멸을 말한다. 물권의 주체의 관점에서는 물권의 취득 · 변경 · 상실이 된다. 물권변동은 민법 제186조에서, 물권의 “득실변경” 이라고 표현하고 있다.

부동산거래에 있어서 물권변동의 경우에는 법률행위에 의한 물권변동과, 법률행위에의하지 않는 물권변동이 있다. 여기서는 법률행위에 의한 물권변동의 경우에 관해서는 일정한 요건을 갖추어야 한다. 즉 물권적 합의와, 등기를 하여야 하고(민법 제186조), 동산의 경우에는 물권적 합의와 인도가 있어야(민법 제188조), 물권변동의 효과가 발생한다.

물권에는 배타성이 있으므로, 물권의 내용과 변동을 어떠한 외부적 표상에 의하여 인식할 수 있게끔 하지 않으면, 일반 제3자에게 대하여 불측의 손해를주게 될 넘어가 있고, 그것은 결국 거래의 안전을 해치게 된다. 따라서 물권의 변동을 일반 제3자가 용이하게 인식할 수 있는 공시의 방법이 요구되고, 또한 그러한 공시를 신뢰한 자를 어떻게 보호할 것인가 하는 점이 문제가 된다.

여기서 부동산물권의 존재 및 변동은 등기에 의하여 공시제도 내지 공시방법을 마련 하였다. 지금은 국제화, 세계화 시대이고 경제질서는 국제적인 틀 속에서 외국인에게 개방 되어지고 있다. 따라서 공신력인정을 위한 검토가 강력히 요구된다.

부동산 잔금지급 후 소유권이전등기를 하지 않은 매수인의 법적 지위를 채권자로서, 물권적 기대권이론 으로서의 입장에서 각각 지위를 고찰하였다. 물권적 기대권을 인정하는 견해는 물권적 기대론을 인정하는 것이 거래현실과 일반의 법의식에 부합한다고 하지만, 이제 형식주의에 입각한 현행민법이 1962년도에 시행되었고, 그동안 일반인의 법의식에도 많은 변화가 일어났다는 점을 감안해보면 반드시 그렇다고 볼 수 없다.

민법이 형식주의라는 대원칙을 채택한 이상, 이전 등기를 갖추지 않은 부동산매수인의 보호가 필요하다면 형식주의의 테두리 내에서 채권자로서의 지위로서 가능한 해석을 통하여 해결함에 그쳐야 할 것이다.

요컨대 등기서류 일체를 교부받고서도 등기를 하지 않은 매수자를 민법의

형식주의에 거슬러가며 특별히 보호해야할 이유는 없는 것이며, 단지 해결이 간명하다고 하여 새로운 이론을 도입하는 것은 바람직한 태도가 아니라고 생각한다. 형식주의 원칙 외에 물권적 청구권, 채권자대위권, 채권자취소권, 불법원인급여제도, 불법행위론 등 현행법상 제반제도의 정당한 해석을 통하여 타당한 해석을 이끌어낼 것이지, 물권적 기대권이나 「매각되어 인도된 물건의 항변」(*exceptio rei venditae et traditae*)등의 외래적 이론은 정당한 해석을 위한 배경으로 활용함에 그칠 것이며, 굳이 정면으로 도입할 필요는 없다고 생각한다.



## 참고 문헌

### 1. 국내문헌

#### <단행본>

- 송덕수, 물권법, 박영사, 2013.  
곽윤직, 물권법, 박영사, 1990.  
\_\_\_\_\_, 부동산물권변동의 연구, 박영사, 1968.  
김기선, 한국물권법, 법문사, 1979.  
김상용, 물권법, 법문사, 1999; 민법총칙, 법문사, 1998.  
김상용, 물권법, 화상미디어, 2009,  
김용한, 물권법론, 박영사, 1985.  
김증한, 물권법강의, 박영사, 1988; 민법총, 박영사, 1984.  
김증한/김학동, 물권법, 박영사, 1997.  
김형배, 민법학강의, 신조사, 2008.  
이영준, 물권법, 박영사, 1990; 민법총칙, 박영사, 1992.  
이은영, 물권법, 박영사, 2002.  
이종선, 민법 및 민사특별법, 랜드서클, 2014.  
장경학, 물권법, 법문사, 1998.  
최명구, 물권법, 부경대학교출판부, 2011.  
김준호, 민법강의, 법문사, 2007.  
김학동, 경희법학, 제42권 제1호, 경희법학연구소, 2007.  
김상묵, 중앙법학, 제4호, 중앙법학회, 2001.

#### <논문>

- 강석창, “부동산물권변동의 적용법리에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위  
논문, 1987.  
곽윤직, “exceptio rei venditae et traditae의 현대적 관용”, 「법학」서  
울대학교 법학연구소, 제9권제1호(1967.7.)

- \_\_\_\_\_, “부동산 이전 등기청구권의 법적성질 및 그것이 시효로 소멸하는지의 여부”, 한국사법행정학회, 민사판례연구 I.
- 김기수, “부동산매수인의 등기청구권과 시효소멸”, 법률신문 1414호.
- 김증한, “물권적 기대권론”, 민법논집, 박영사, 1980.
- \_\_\_\_\_, “부동산이중매매의 반사회성”, 저스티스 제10권(1972).
- 박영규, “부동산이중매매에 관한 이론 비판”, 법률행정논집 제8권(2001).
- 송덕수, “민법 제746조 적용에 있어서 불법성의 비교”, 민사판례연구 제18권 (1996).
- 윤진수, “부동산의 이중양도에 관한 연구: 제1양수인의 원상회복을 중심으로”, 서울 대학교 박사학위논문, 1993.
- \_\_\_\_\_, “소멸시효”, 민법학의 회현과 전망(한국민사법학회), 1994.
- 윤철홍, “물권적 기대권론“ 비교사법 제11권1호, 한국비교사법학회, 2004.
- 이호정, “부동산의 최종매수인의 최초매도인에 대한 등기청구권”, 고시계 (1993.8.).
- 장경학, “등기청구권의 시효소멸”, 법조26권2호.
- 한삼인, 박경식, “등기의 공신력과 거래안전에 관한연구”법조 2008 · 11(Vol.626).
- 홍준의, “부동산이중매매와 제1매수인의 보호”, 김기수교수 화갑기념 논문집, 박영사, 1992.
- 황성일, “등기 전매수인의 법적 지위에 관한 연구”, 성균관대학교 일반대학원, 2009.