

16. 소유권 이외의 권리 설정등기 및 이전등기 청구

가. 개 설

저당권, 전세권, 지상권, 지역권, 임차권 등의 설정등기 및 그 이전등기를 소구함에 있어서 청구취지는 등기의 종류 및 등기원인과 그 연월일을 명시하는 외에 각 등기별로 부동산등기법이 정하고 있는 등기사항을 기재한다.

저당권의 설정등기 및 이전등기를 소구함에 있어서 청구취지는 등기의 종류 및 등기원인과 그 연월일을 명시하는 외에 부동산등기법이 정하고 있는 등기사항을 기재한다. 저당권의 등기사항에 관하여는 부동산등기법 제75조가 규정하고 있다. 근저당권설정등기가 아닌 단순한 저당권설정등기를 청구할 때에는 변제기, 이자율도 함께 표시하여야 한다.

나. 권리 설정등기 청구취지 기재례

☐ 저당권설정등기 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2009. 4. 1. 저당권설정계약을 원인으로 한 채권액 20,000,000원, 채무자 김갑동(123456-7891011, 주소 : 서울 ○○구 ○○동 123), 변제기 2010. 12. 31., 이자 연 15%, 이자 지급시기 매월 1일의 저당권설정등기 절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

❖ 근저당권설정등기 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2009. 4. 1. 근저당권설정계약을 원인으로 한 채권최고액 50,000,000원의 근저당설정등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

※ 위 기재례는 채무자와 근저당권설정자가 같은 경우이다.

[참조판례] [1] 근저당권설정 약정에 의한 근저당권설정등기청구권이 그 피담보채권이 될 채권과 별개로 소멸시효에 걸린다고 한 사례

[2] 근저당권설정등기청구의 소 제기가 그 피담보채권이 될 채권에 대한 소멸시효 중단사유로 되는지 여부(적극)

원고의 근저당권설정등기청구권의 행사는 그 피담보채권이 될 금전채권의 실현을 목적으로 하는 것으로서, 근저당권설정등기청구의 소에는 그 피담보채권이 될 채권의 존재에 관한 주장이 당연히 포함되어 있는 것이고, 피고로서도 원고가 원심에 이르러 금전지급을 구하는 청구를 추가하기 전부터 피담보채권이 될 금전채권의 소멸을 항변으로 주장하여 그 채권의 존부에 관한 실질적 심리가 이루어져 그 존부가 확인된 이상, 그 피담보채권이 될 채권으로 주장되고 심리된 채권에 관하여는 근저당권설정등기청구의 소의 제기에 의하여 피담보채권이 될 채권에 관한 권리의 행사가 있는 것으로 볼 수 있으므로, 근저당권설정등기청구의 소의 제기는 그 피담보채권의 재판상의 청구에 준하는 것으로서 피담보채권에 대한 소멸시효 중단의 효력을 생기게 한다고 봄이 상당하다.(대법원 2004. 2. 13. 선고 2002다7213 판결)

❖ 근저당권설정등기 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 1994. 2. 16. 근저당권설정계약을 원인으로 한 채권최고액 1,000,000원, 채무자 피고의 근저당권설정등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 채권자 2인에게 공동순위 근저당권을 설정해 주기로 합의한 후 그 중 1인을 배제한 채 다른 채권자에게만 단독으로 제1순위 근저당권을 설정해 주기로 합의한 경우, 후자의 합의가 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라고 한 사례

채무자가 채권자 2인에게 공동순위 근저당권을 설정해 주기로 합의한 후 그 중 1인을 배제한 채 다른 1인의 채권자에게만 단독으로 제1순위 근저당권을 설정해 주기로 합의한 경우, 후자의 합의 당사자인 채권자는 다른 채권자와의 약정을 위반한 것일 뿐만 아니라 채무자의 그 다른 채권자에 대한 배신행위에 적극 가담한 것으로 보아, 그 후자의 합의는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라고 한 사례.(수원지법 1996. 7. 23. 선고 96가합2883 판결 : 확정)

☐ 근저당권설정등기 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2014. 4. 1. 근저당권설정계약을 원인으로 한 채권최고액 50,000,000원, 채무자 김갑을(123456-7891011, 주소 : 서울 ○○구 ○○로 123)의 근저당설정등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

※ 위 기재례는 채무자와 근저당권설정자가 다른 경우의 예이다. 이 경우에는 채무자표시까지 하여야 한다.

[참조판례] 채권자 아닌 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기의 효력(한정 유효)

채권담보를 목적으로 근저당권설정등기를 하는 경우에는 원칙적으로 채권자와 근저당권자가 동일인이 되어야 하지만, 채권자 아닌 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기를 하는 데 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있었고, 나아가 제3자에게 그 채권이 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있거나, 거래 경위에 비추어 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기가 한낱 명목에 그치는 것이 아니라 그 제3자도 채무자로부터 유효하게 채권을 변제받을 수 있고 채무자도 채권자나 근저당권자인 제3자 중 누구에게든 채무를 유효하게 변제할 수 있는 관계, 즉 채권자와 제3자가 불가분적 채권자의 관계에 있다고 볼 수 있는 경우에는, 그 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기도 유효하다고 볼 것이고, 이와 같이 제3자를 근저당권자로 한 근저당권설정등기를 유효하게 볼 수 있는 경우에는 그 근저당권설정등기를 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」이 금지하고 있는 실권리자 아닌 자 명의의 등기라고 할 수 없다(대법원 2013. 1. 16. 선고 2011다71100 판결)

[참조판례] 채권자 아닌 제3자 명의의 근저당권설정등기의 효력(한정 유효) 및 이 경우 당사자들의 일련의 행위가 가지는 법률적 의미가 분명하지 아니하여 채권자와 근저당권자 사이에 형성된 법률관계의 실체를 밝히는 것이 의사표시 해석의 문제인지 여부(적극)

제3자를 근저당권 명의인으로 하는 근저당권을 설정하는 경우 그 점에 대하여 채권자와 채무자 및 제3자 사이에 합의가 있고, 채권양도, 제3자를 위한 계약, 불가분적 채권관계의 형성 등 방법으로 채권이 그 제3자에게 실질적으로 귀속되었다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 제3자 명의의 근저당권설정등기도 유효하다고 보아야 할 것이지만, 위와 같은 경우에 있어서도 당사자들의 일련의 행위가 가지는 법률적 의미가 분명하지 아니하다면 채권자와 근저당권자 사이에 형성된 법률관계의 실체를 밝히는 것은 단순한 사실인정의 문제가 아니라 의사표시 해석의 영역에 속하는 것일 수밖에 없고, 따라서 그 행위가 가지는 법률적 의미는 채권자와 근저당권자의 관계, 근저당권설정의 동기 및 경위, 당사자들의 진정한 의사와 목적 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다.(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다69940 판결)

㊦ 근저당권설정등기 청구(1)

피고는 원고에게 별지 목록 (1) 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1997. 5. 3. 접수 제1356호로 마친 채권최고액 100,000,000원, 채무자 피고의 근저당권설정등기에 추가하여, 별지 목록 (2) 기재부동산에 관하여 1997. 10. 5. 추가근저당권설정계약을 원인으로 한 근저당권설정등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

㊦ 근저당권설정등기 청구(2)

피고는 원고에게 별지 목록 (1) 기재 부동산에 관하여 ○지방법원 ○등기소 1997. 5. 3. 접수 제356호로 마친 근저당권설정등기에 추가하여, 별지 목록 (2) 기재 부동산에 관하여 1997. 10. 5. 추가근저당권설정계약을 원인으로 한 근저당권설정등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

※ 위 (1), (2) 기재례는 추가저당권설정등기청구를 하는 경우의 예이다. 이 경우에는 종전 등기도 기재한다.³³⁵⁾

㊦ 전세권설정등기 청구

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 2012. 4. 1. 전세권설정계약을 원인으로 한 전세100,000,000원, 존속기간 2014. 3. 31.까지의 전세권 설정등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 임차보증금반환채권을 담보할 목적으로 임차인과 임대인 및 제3자 사이의 합의에 따라 제3자 명의로 경료된 전세권설정등기의 효력(유효)

전세권이 담보물권적 성격을 아울러 가지고 있는 이상 부종성과 수반성이 있기는 하지만, 다른 담보권과 마찬가지로 전세권자와 전세권설정자 및 제3자 사이에 합의가 있으면 그 전세권자의 명의를 제3자로 하는 것도 가능하므로, 임대차계약에 바탕을 두고 이에 기한 임차보증금반환채권을 담보할 목적으로 임대인, 임차인 및 제3자 사이의 합의에 따라 제3자 명의로 경료된 전세권설정등기

335) 부동산등기법 제147조와 제152조 제1항은 등기신청절차와 등기부의 기재에 있어서 추가저당권 설정등기를 단순한 저당권설정등기와 구별하고 있는바, 저당권설정등기를 명하는 판결은 그 등기 신청서에 갈음하는 것이므로, 추가저당권설정등기청구를 인용하는 판결에서는 주문에 종전의 등기를 표시함에 족한 사항을 기재하여 그것이 추가저당권임을 분명히 하여야 하고, 그래야만 이에 기한 등기와 종전의 등기에 그것이 추가저당권임이 기재될 수 있는 것이다.(대법원 1992. 9. 15.자 92그20 결정).

는 유효하다 할 것이고, 비록 임대인과 임차인 또는 제3자 사이에 실제로 전세권설정계약이 체결되거나 전세금이 수수된 바 없다거나, 위 전세권설정등기의 피담보채권인 임차보증금반환채권의 귀속자는 임차인이고 제3자는 임대인에 대하여 직접 어떤 채권을 가지고 있지 아니하다 하더라도 달리 볼 것은 아니다(대법원 1998. 9. 4. 선고 98다20981 판결)

㉠ 지상권설정등기 청구(약정지상권)

피고는 원고에게 별지 목록 기재 토지에 관하여 1998. 4. 1. 지상권설정계약을 원인으로 한 목적 철근콘크리트조 건물의 소유, 범위 토지의 전부, 존속기간 1998. 4. 1.부터 30년, 지료 월 1,000원, 지급시기 매월 1일, 지상권자 원고의 지상권설정등기절차를 이행하라. 소송비용은 피고가 부담한다.

- ※ 지상권설정등기를 소구함에 있어서 청구취지는 등기원인과 그 연월일을 명시하는 외에 부동산등기법이 정하고 있는 등기사항을 기재한다. 지상권의 등기사항에 관하여는 부동산등기법 제69조가 규정하고 있다.
- ※ 약정지상권의 경우 요건사실 : 타인의 토지에 건물 기타 공작물이나 수목을 소유하기 위하여 그 토지를 사용할 것을 목적으로 하는 지상권설정한의가 성립된 사실을 입증.

㉡ 지상권설정등기 청구(법정지상권)

피고는 원고에게, 서울 서초구 서초동 123(서초로 123) 지상 철근콘크리트조 슬래브지붕 2층 주택 1층 234㎡, 2층 202㎡ 중 별지 도면 표시 1, 2, 3, 4, 5, 6, 1의 각 점을 순차로 연결한 선내 (가) 부분 점포 68㎡에 관하여 2014. 11. 21. 법정지상권 성립을 원인으로 한 존속기간 30년, 목적 점포사용으로 하는 지상권설정등기절차를 이행하라. 소송비용은 피고가 부담한다.

- ※ 관습상 법정지상권의 경우 요건사실 : 토지와 건물이 동일인의 소유에 속한 사실, 토지와 건물 중의 하나가 매매 등으로 인하여 소유자를 달리하게 된 사실을 입증.

[참조판례] 지상권자와 그 지상물의 소유권자가 반드시 일치하여야 하는지 여부(소극) 및 지상권설정시에 그 지상권이 미치는 토지의 범위와 그 설정 당시 매매되는 지상물의 범위를 다르게 할 수 있는지 여부(적극)

지상권자는 지상권을 유보한 채 지상물 소유권만을 양도할 수도 있고 지상물 소유권을 유보한 채 지상권만을 양도할 수도 있는 것이어서 지상권자와 그 지상물의 소유권자가 반드시 일치하여야 하는 것은 아니며, 또한 지상권설정시에 그 지상권이 미치는 토지의 범위와 그 설정 당시 매매되는 지상물의 범위를 다르게 하는 것도 가능하다.(대법원 2006. 6. 15. 선고 2006다6126 판결)

[참조판례] 관습상의 법정지상권의 성립에 있어 건물을 철거하기로 하는 합의가 있었다는 등 특별한 사정의 주장 입증책임

토지 또는 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 건물 또는 토지가 매매 기타 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 그 건물을 철거하기로 하는 합의가 있었다는 등 특별한 사정이

없는 한 건물소유자는 토지소유자에 대하여 그 건물을 위한 관습상의 지상권을 취득하게 되고, 건물을 철거하기로 하는 합의가 있었다는 등의 특별한 사정의 존재에 관한 주장입증책임은 그러한 사정의 존재를 주장하는 쪽에 있다(대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카279 판결).

☐ 지상권설정등기 청구(법정지상권)

피고는 원고에게 전남 ○○읍 ○○리 720-16 대 264㎡과 같은 리 720-28 대 40㎡에 관하여 목적 : 건물소유, 범위 : 토지전부, 원인 1968. 5. 11. 부동산매각허가결정으로 인한 지상권설정등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 법정지상권부 건물을 양수한 자의 지상권설정등기청구권

저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 소유자를 달리하게 되어 토지상에 법정지상권을 취득한 건물소유자가 법정지상권 설정등기를 경료함이 없이 건물을 양도하는 경우에 특별한 사정이 없는 한 건물과 함께 지상권도 양도하기로 하는 채권적 계약이 있었다고 할 것이므로 지상권자는 지상권설정등기를 한 후에 건물양수인에게 이의 양도등기절차를 이행하여 줄 의무가 있다. 따라서 건물 양수인은 건물양도인을 순차 대위하여 토지 소유자에 대하여 건물소유자였던 법정지상권자에 의 법정지상권설정 등기절차 이행을 청구할 수 있다.(대법원 1981. 9. 8. 선고 80다2873 판결)

[참조판례] 토지와 그 지상 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 매매 기타의 원인으로 양자의 소유자가 다르게 되었더라도 당사자 사이에 그 건물을 철거하기로 특약을 한 경우 관습법상의 법정 지상권이 발생하지 않는지 여부(적극)

토지 또는 건물이 동일한 소유자에게 속하였다가 건물 또는 토지가 매매 기타의 원인으로 인하여 양자의 소유자가 다르게 된 때에 그 건물을 철거한다는 조건이 없는 이상 건물 소유자는 토지 소유자에 대하여 그 건물을 위한 관습법상의 법정지상권을 취득하므로(대법원 1984. 9. 11. 선고 83다카 2245 판결 등 참조), 만약 당사자 사이에 그 건물을 철거하여 대지소유자에게 지상 건물에 의하여 방해받지 않는 완전한 소유권을 행사할 수 있도록 하는 내용의 특약이 있으면 관습법상의 법정지상권이 발생하지 않음은 원심이 판시한 바와 같다(대법원 1996. 3. 26. 선고 95다45545, 45552, 45569 판결)

[참조판례] 법정지상권자가 목적토지의 소유자나 전득자에게 지상권설정등기청구권을 가지는지 여부(적극)

대지와 그 지상 미등기건물이 그 대지에 대한 근저당권설정당시 동일인의 소유에 속하였다가 그 후 대지의 경매로 인하여 대지와 건물이 다른 소유자에게 속하게 된 경우 건물소유자는 민법 제366조에 의하여 건물의 소유를 목적으로 하는 법정지상권을 취득하고, 법정지상권자는 물권으로서의 효력에 의하여 이를 취득할 당시의 대지소유자나 이로부터 소유권을 전득 한 제3자에 대하여도 등기없이 지상권을 주장할 수 있는 것이므로 대지소유자에 대하여 지상권설정등기청구권이 있다(대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카15338 판결).

다. 권리 이전등기 청구취지 기재례

☐ 근저당권이전등기 청구(확정채권양도)

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 2014. 4. 1. 접수 제 15701호로 등기한 근저당권에 대하여 2014. 11. 15. 확정채권양도를 원인으로 한 근저당권이전등기절차를 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 근저당권 양도의 부기등기가 경료된 경우, 근저당권설정등기 말소등기청구의 상대방 근저당권의 양도에 의한 부기등기는 기존의 근저당권설정등기에 의한 권리의 승계를 등기부상 명시하는 것 뿐으로, 그 등기에 의하여 새로운 권리가 생기는 것이 아닌 만큼 근저당권설정등기의 말소등기청구는 양수인만을 상대로 하면 족하고, 양도인은 그 말소등기청구에 있어서 피고 적격이 없는 것이다.(대법원 1995. 5. 26. 선고 95다7550 판결)

[참조판례] 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한 경우, 그 양수인이나 대위변제자가 근저당권의 이전을 구할 수 있는지 여부

근저당권이라고 함은 계속적인 거래관계로부터 발생하고 소멸하는 불특정다수의 장래채권을 결산기에 계산하여 잔존하는 채무를 일정한 한도액의 범위 내에서 담보하는 저당권이어서, 거래가 종료하기까지 채권은 계속적으로 증감 변동되는 것이므로, 근저당 거래관계가 계속 중인 경우, 즉 근저당권의 피담보채권이 확정되기 전에 그 채권의 일부를 양도하거나 대위변제한 경우 근저당권이 양수인이나 대위변제자에게 이전할 여지가 없다.(대법원 1996. 6. 14. 선고 95다53812 판결)

☐ 근저당권이전등기등 청구(양도약정의 이전등기 및 상표권이전등록)

피고는 원고에게 별지 제1 근저당권 목록 기재 각 (가)항 부동산에 관한 각 (나)항 근저당권에 관하여 2014. 1. 30. 양도약정을 원인으로 한 각 이전등기절차 및 별지 제2 상표권 목록 기재 각 상표권에 관하여 2014. 1. 30. 양도약정을 원인으로 한 각 상표등록이전등록절차를 각 이행하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 갑을 주채무자로 하고 을을 연대보증인으로 한 채무를 담보하기 위하여 갑과 을의 공동소유인 부동산 전체에 관하여 근저당권이 설정된 후 갑 소유의 지분에 대하여만 후순위 저당권을 취득한 자가 선순위의 근저당 채무를 변제한 경우, 선순위 근저당권자는 대위변제자인 후순위 근저당권자에게 갑과 을의 공동소유인 부동산 전체에 대한 저당권이전의 부기등기의무를 부담하는지 여부(적극)

채무자 소유의 부동산에 대한 후순위 저당권자에게는 자신의 담보권을 보전하기 위하여 채무자의 선순위 저당권자에 대한 채무를 변제한 정당한 이익이 인정되고, 한편 민법 제482조 제1항은 변제한 정당한 이익이 있는 자가 채무자를 위하여 채권을 대위변제한 경우에는 대위변제자는 자기의 권리에 기하여 구상할 수 있는 범위에서 채권자의 채권 및 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다고 규정하고 있으므로 갑을 주채무자로 하고, 을을 연대보증인으로 한 채무를 담보하기 위하여 갑과 을의 공동소유인 부동산 전체에 관하여 선순위의 저당권이 설정된 후 갑 소유의 지분에 대하여서만 후순위

저당권을 취득한 자가 자신의 담보권을 보전하기 위하여 선순위 저당권자에게 당해 피담보채무를 변제한 경우에는 종전의 채권자인 선순위 저당권자의 채권 및 그 담보는 모두 대위변제를 한 후순위 저당권자에게 이전되고, 따라서 선순위 저당권자는 대위변제자인 후순위 저당권자에게 갑과 을의 공동소유인 부동산 전체에 대하여 대위변제로 인한 저당권이전의 부기등기를 마쳐주어야 할 의무가 있다.(대법원 2002. 12. 6. 선고 2001다2846 판결)

㊦ 근저당권일부이전등기 청구(대위변제를 원인으로)

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울지방법원 ○○지원 ○○등기소 1997. 6. 10. 접수 제28797호로 경료된 근저당권에 대하여 1999. 3. 31. 대위변제를 원인으로 한 근저당권일부이전등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 근저당 거래관계가 계속되는 관계로 근저당권의 피담보채권이 확정되지 아니하는 동안에 채권의 일부가 대위변제된 경우, 근저당권이 대위변제자에게 이전되는지 여부
근저당권은 계속적인 거래관계로부터 발생·소멸하는 불특정다수의 채권 중 그 결산기에 잔존하는 채권을 일정한 한도액의 범위 내에서 담보하는 것으로서 그 거래가 종료하기까지 그 피담보채권은 계속적으로 증감·변동하는 것이므로, 근저당 거래관계가 계속되는 관계로 근저당권의 피담보채권이 확정되지 아니하는 동안에는 그 채권의 일부가 대위변제되었다 하더라도 그 근저당권이 대위변제자에게 이전될 수 없다.(대법원 2000. 12. 26. 선고 2000다54451 판결, 공2001상, 363)

㊦ 지상권이전등기 청구(대위에 의한)

피고는 소외 이○○[620420-1234567, 주소 : 서울 서초구 서초로12길 3(서초동)]에게 별지 제1목록 기재 각 대지에 관하여 설정된 ○○지방법원 ○○지원 2010. 5. 15. 접수 제35183호로 마친 지상권에 관하여 2014. 2. 5. 매각허가결정을 원인으로 한 각 지상권이전등기절차를 이행하라.
소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 지상물 경락인의 지상권이전등기청구권 취득 여부
지상권은 그 지상물의 소유를 위하여 토지를 사용할 수 있는 권리로서 양자가 결합하여 그 경제적 효용을 다하는 것이므로 달리 반대의 약정 등 특별한 사정이 없는 한 양자의 법률적 운명은 이를 동일하게 취급하는 것이 상당하고 지상권과 법정지상권 또는 관습상의 법정지상권을 달리 취급할 이유가 없으므로, 지상권과 그 지상물이 동일인에게 귀속되었다가 경매에 의하여 그 지상물만 양도된 경우에는 경락인은 경락 후 그 지상물을 철거한다는 등의 매각조건하에서 경매되는 경우 등 특별히 지상권이 유보되었다는 반대사정이 없는 한 지상물의 경락취득과 함께 지상권이전등기청구권도 함께 취득한다고 보아야 한다.(부산고법 1991. 12. 4. 선고 91나3734 판결)

[참조판례] ① 건물에 대한 저당권의 효력이 그 건물의 소유를 목적으로 한 지상권에도 미치는지 여부

민법 제358조 본문은 '저당권의 효력은 저당부동산에 부합된 물건과 종물에 미친다'고 규정하고 있는바, 이 규정은 저당부동산에 종된 권리에도 유추적용되어 건물에 대한 저당권의 효력은 그 건물의 소유를 목적으로 하는 지상권에도 미친다고 보아야 할 것이다.

② 위 '①'항의 경우 건물의 경락인이 등기 없이도 지상권을 취득하는지 여부

위 '①'항의 경우 건물에 대한 저당권이 실행되어 경락인이 그 건물의 소유권을 취득하였다면 경락 후 건물을 철거한다는 등의 매각조건하에서 경매되었다는 등 특별한 사정이 없는 한 그 건물 소유를 위한 지상권도 민법 제187조의 규정에 따라 등기 없이 당연히 경락인이 취득하고, 따라서 경락인은 종전의 지상권자를 상대로 지상권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다고 보아야 할 것이며, 그 이행을 구하는 소가 소의 이익이 없다고도 볼 수 없다.

③ 위 '②'항의 경우 경락인으로부터 건물을 취득한 자가 경락인을 대위하여 지상권이전등기를 청구할 수 있는지 여부

위 '②'항의 경우 경락인이 건물을 제3자에게 양도한 때에는 특별한 사정이 없는 한 민법 제100조 제2항의 유추적용에 의하여 건물과 함께 종된 권리인 지상권도 양도하기로 한 것으로 봄이 상당하다 할 것이니, 위 건물 양수인은 그 지상권이전등기청구권을 보전하기 위하여 경락인을 대위하여 종전의 지상권자에게 지상권이전등기절차의 이행을 구할 수 있다.(대법원 1992. 7. 14. 선고 92다527 판결)