

사이의 경합이 인정된다.

저당권이나 가등기담보권과 같은 담보권이 그 피담보채무의 변제 등으로 효력을 상실한 경우, 그 담보계약에 기한 담보등기 말소등기청구와 소유권에 기한 담보등기 말소등기 청구 간 경합이 인정된다(후술하는 ‘저당권’ 부분 참조).

명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 신탁해지를 하고 신탁관계의 종료 그것만을 이유로 하여 소유 명의의 이전등기절차의 이행을 청구할 수 있음은 물론, 신탁해지를 원인으로 하고 소유권에 기해서도 그와 같은 청구를 할 수 있고, 이 경우 양 청구는 청구원인을 달리하는 별개의 소송이다.⁹⁸¹⁾

나) 청구원인사실

(1) 소유권이전등기의 말소등기청구와 진정명의회복등기 청구

소유권이전등기의 말소등기청구⁹⁸²⁾ 또는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구의 요건사실은, ① ‘원고의 소유’ 사실, ② ‘피고의 소유권이전등기 경료’ 사실, ③ ‘등기의 원인무효’ 사실이다(진정명의회복의 경우, 피고가 ‘현재’의 등기명의인이어야 한다는 점만 차이가 있다).

① ‘원고의 소유’ 사실

‘원고의 소유’ 사실의 증명방법은 별개 항으로 상술한다.

원고가 피고들에 대하여 피고들 명의로 마쳐진 소유권보존등기 및 소유권이전등기의 말소를 구하려면, 먼저 원고에게 그 ‘말소를 청구할 수 있는 권원’이 있음(이는 주요사실로서 변론주의의 적용대상이다)⁹⁸³⁾을 주장·증명하여야 하며, 만일 원고에게 이러한 권원이 있음

의 기판력이 이 사건 후소에 미칠 수 없는 것이라 할 것이다.” ② 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다17680 판결: “피고들 명의의 소유권이전등기가 조OO과 피고들 사이의 계소전화해에 의하여 이루어진 것이라 할지라도 이는 원고와 피고들 사이에 체결된 이 사건 매매계약과 당사자들 사이에 이루어진 위 중간등기생략에 관한 합의에 의한 것이라면 이 사건 매매계약상의 원고의 채무는 피고들이 이 사건 부동산에 관하여 소유권이전등기를 마친 것으로서 전부 이행되었다고 할 것이니 피고들이 당초의 약정과 달리 소유권이전등기를 마친 후에도 원고에게 잔대금을 지급하지 아니한 경우에는 원고는 적법한 최고절차를 거쳐 이 사건 매매계약을 해제하고 계약 당사자로서 피고들에게 직접 매매계약 해제를 원인으로 한 원상회복으로서 피고들에게 그 소유권이전등기의 말소등기 절차의 이행을 구할 수 있다고 할 것이고, 이는 위 계소전화해의 기판력에 저촉되는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 원심으로서는 ... 이 사건 매매계약이 위 계소전화해가 이루어진 후에 적법하게 해제되었는지 등에 관하여 더 심리를 하였어야 하고, 원고가 원소유자인 조OO를 대위하여 구하는 이 사건 주위적 청구 속에 원고가 계약당사자로서 계약해제의 효과인 원상회복청구권에 기하여 직접 피고들에 대하여 위 소유권이전등기의 말소를 구하는 취지도 포함된 것인지의 여부 등에 관하여 석명권을 행사한 면후에 원고의 이 사건 주위적 청구에 대한 담부를 판단하였어야 함에도 불구하고, 원고의 이 사건 주위적 청구가 위 계소전화해의 기판력에 반한다고 성급하게 판단 ... 위법을 저지른 것”

981) 대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다55171 판결, 대법원 1980. 12. 9. 선고 79다634 전원합의체 판결.

982) 부동산등기규칙 제116조(등기의 말소) ① 등기를 말소할 때에는 말소의 등기를 한 후 해당 등기를 말소하는 표시를 하여야 한다. ➡ 따라서 청구취지는 ‘~등기의 말소등기절차를 이행하라.’로 적어야 하고, ‘~등기를 말소하라.’, ‘~등기의 말소절차를 이행하라.’는 잘못된 기재이다.

983) 대법원 1982. 4. 27. 선고 81다기550 판결: “말소등기청구권을 원고가 어떠한 권원에서 행사하는가, 즉, 청구권

이 인정되지 않는다면, 설사 피고들 명의의 등기들이 말소되어야 할 무효의 등기라고 하더라도 원고의 청구를 인용할 수는 없다.⁹⁸⁴⁾

즉, 위 ②, ③ 요건이 충족된 경우라도 위 ① 요건이 흠결된 경우라면 말소등기청구가 인용될 수 없다(채권자대위가 가능한 경우, 소유자를 대위한 말소등기청구는 별개로 인정될 수 있다).

진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기 청구의 경우에도 마찬가지이다.⁹⁸⁵⁾

원의 발생에 관한 요건사실은 주요사실로서 당사자가 당해 소송에서 주장하지 않는 한 판결의 기초로 채용할 수 없음은 민사소송에서 변론주의의 당연한 결론인 것이다.” ☞ ‘소유권을 공동상속하여 공유자의 한 사람으로서 피고에게 말소등기청구권을 행사하는 것은 소유권에 기한 물권적 청구권인 방해배제청구권의 행사인 것이고, 소유자로부터 증여받은 자의 지위에서 피고에게 말소등기를 청구하는 것은 원소유자인 망인의 상속인이 가지는 물권적 청구권을 대위하여 청구하는 것이므로, 위 두 경우에는 그 요건사실을 달리하는 것일 뿐만 아니라 원고가 수증자의 지위에서 청구하는 것으로 청구권원을 구성할 때에는 망인의 상속인들이 피대위자가 되는 것인 만큼, 그들이 피고에 대하여 말소청구권을 가지는지의 여부에 관한 심리, 판단이 선행되어야 하고, 피고 주장과 같이 소외인이 상속인 중 한 사람이라면 그 지분에 관한 한 원고청구는 인용될 수 없는 것이므로 상속 또는 증여 중 어느 것을 청구원인 사실로 구성하느냐에 따라 판결결과도 달라질 것이 확실하다.’라고 판시한 예.

984) ① 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009다94384, 94391, 94407 판결; 사정명의인이 사정 이후에 그 토지를 다른 사람에게 처분한 사실이 인정된다면 사정명의인 또는 그 상속인들에게는 소유권보존등기 명의자를 상대로 그 등기의 말소를 청구할 권원이 없게 되므로 그 청구는 인용될 수 없다고 한 예. ② 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다67429 판결; 부동산 공유자의 1인이 자신의 공유지분이 아닌 ‘다른 공유자’의 공유지분을 침해하는 원인 무효의 등기가 이루어졌다는 이유로 공유물에 관한 보존행위로서 그 부분 등기의 말소를 구할 수는 없다고 한 예. ③ 명의신탁이 유효한 경우, 대외적인 관계에서 수탁자만이 소유권자로서 제3자의 침해에 대하여 배제를 구할 수 있고 신탁자는 수탁자를 대위하여 수탁자의 권리를 행사할 수 있을 뿐 직접 제3자에게 신탁재산에 대한 침해의 배제를 구할 수 없는바(대법원 1979. 9. 25. 선고 77다1079 전원합의체 판결), 신탁자는 수탁자에 대하여 신탁계약상의 채권이 있으므로 명의신탁 해지 없이도 그 채권 보전을 위해 수탁자가 가지고 있는 원인무효로 인한 말소등기절차이행청구권을 대위행사할 수 있다(92다52870).

985) 즉, 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 자기 명의로 소유권의 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 진정한 소유자가 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 갈음하여 소유권에 기하여 진정한 등기명의의 회복을 구하는 것이므로, 자기 앞으로 소유권의 등기가 되어 있지 않았고 법률에 의하여 소유권을 취득하지도 않은 사람이 소유권자를 대위하여 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 청구할 수 있을 뿐인 경우에는 진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구를 할 수 없다.

○ 명의신탁자의 지위에 있는 중증은 대외적으로 소유자가 아니므로 명의수탁자의 지위에 있는 중증을 대위함이 없이 직접 현재의 등기명의인을 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구하는 것은 허용되지 않으나(2002다41435), 명의신탁자 명의로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 명의신탁자가 법률에 의하여 소유권을 취득한 진정한 소유자라는 사정이 있다면 그 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차이행을 구할 수 있다(2013다31403).

○ 포괄적 유증을 받은 자는 민법 제187조에 의하여 법률상 당연히 유증받은 부동산의 소유권을 취득하게 되나, 특정유증을 받은 자는 유증의무자에게 유증을 이행할 것을 청구할 수 있는 채권을 취득할 뿐이므로, 특정유증을 받은 자는 유증받은 부동산의 소유권자가 아니어서 직접 진정한 등기명의의 회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수 없다(대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결).

○ 조합이 해산되어 청산절차를 거칠 필요가 없는 경우라고 하더라도, 조합원은 잔여재산을 분배하여 줄 것을 청구할 수 있는 권리만을 가질 뿐이지 그 조합재산의 소유권이 곧바로 조합원에게 귀속하는 것은 아니므로, 그 조합재산은 조합원에게 분배되기 전까지는 계속하여 조합원의 합유로 남아 있고, 2인 조합에서 조합원 1인이 탈퇴하면 조합관계는 종료되나 조합은 해산되지 아니하고 조합원의 합유에 속하였던 재산은 남은 조합원의 단독 소유에 속하게 되지만, 그 조합재산이 부동산인 경우에는 그 물권변동의 원인은 조합관계에서의 탈퇴라고 하는 법률행위에 의한 것으로서 잔존 조합원의 단독 소유로 하는 내용의 등기를 하여야 비로소 소유권 변동의 효력이 발생하므로, 잔존 조합원이 자신에게 직접 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수는 없다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다2807 판결).

② ‘피고의 소유권이전등기 경료’ 사실

등기의무자, 즉 등기기록상의 형식상 그 등기에 의하여 권리를 상실하거나 기타 불이익을 받을 자(등기명의인이거나 그 포괄승계인)가 아닌 자를 상대로 한 등기의 말소 절차이행을 구하는 소는 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 부적법한 소이고,⁹⁸⁶⁾ ‘이미 말소되어 있는 등기’나 ‘말소촉탁의 대상이 되어 장차 말소될 수밖에 없는 등기’에 대하여는 그 말소를 구할 법률상 이익이 없으므로,⁹⁸⁷⁾ 말소등기 청구의 경우 위 ② 요건은 소송요건에 해당한다.

폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없으나,⁹⁸⁸⁾ 진정한 권리자의 권리실현을 위해서 폐쇄등기에 대하여 말소등기를 마쳐야 할 필요가 있는 경우, 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요하여 ‘현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 이전 등기’를 대상으로 말소등기절차의 이행을 구하는 소는 허용된다.⁹⁸⁹⁾

986) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다47105 판결, 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다39225 판결(이어서 “부동산의 합유자 중 일부가 사망한 경우 합유자 사이에 특별한 약정이 없는 한 사망한 합유자의 상속인은 합유자로서의 지위를 승계하는 것이 아니므로 해당 부동산은 잔존합유자가 2인 이상일 경우에는 잔존합유자의 합유로 귀속되고 잔존합유자가 1인인 경우에는 잔존합유자의 단독소유로 귀속된다.”라고 하고, “합유이전등기명의자 소외 망 정낙O, 제1심 공동피고 망 정두O, 피고 정호O 3인 중 망 정낙O, 정두O의 사망으로 잔존합유자인 피고 정호O의 단독소유로 귀속될 뿐 위 망인들의 상속인들인 피고 정호O를 제외한 나머지 피고들이 합유자로서의 지위를 승계하였다고 할 수 없어 위 나머지 피고들은 위 망인들 명의의 위 합유등기의 말소에 있어 그 등기의무자로서의 적격이 없다”고 하여 원고의 위 나머지 피고들에 대한 청구는 부적법한 것이라고 판단한 원심이 정당하다고 한 예).

987) ① 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결; “말소등기란 어떤 등기의 등기사항 전부가 원시적 또는 후발적으로 실체관계와 불일치하게 된 경우 당해 등기 전부를 법률적으로 소멸시킬 목적으로 행하여지는 등기를 말하므로, 이미 말소되어 있는 등기에 대하여는 그 말소를 구할 법률상 이익이 없다.” ② 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다57459 판결; “소유권이전등기청구권 보전의 가등기 및 그에 기한 본등기의 말소등기절차의 이행을 구하는 소송 도중에 위 각 등기가 경료된 부동산에 대하여 매각허가결정이 확정되고 매각대금이 완납됨으로써 위 각 등기상의 권리가 모두 소멸하고 위 각 등기가 말소촉탁의 대상이 되어 장차 말소될 수밖에 없는 경우에는 더 이상 위 각 등기의 말소를 구할 법률상의 이익이 없다.” ■ 소유권이전등기청구권 보전의 가등기보다 후순위로 마쳐진 근저당권의 실행을 위한 경매절차에서 매각허가결정에 따라 매각대금이 완납된 경우, 선순위인 가등기는 소멸하지 않고 존속하는 것이 원칙이지만, 그 가등기보다 선순위로 기입된 가압류등기는 근저당권의 실행을 위한 경매절차에서 매각으로 인하여 소멸하고, 이러한 경우에는 가압류등기보다 후순위인 가등기 역시 민사집행법 제144조 제1항 제2호에 따라 매수인이 인수하지 아니한 부동산의 부담에 관한 기입에 해당하여 말소촉탁의 대상이 된다(대법원 2022. 5. 12. 선고 2019다265376 판결).

988) 종전에도 현재의 등기로서의 효력이 없는 폐쇄등기기록상 소유권이전등기 자체의 말소등기를 구하는 것은 소의 이익이 없음이 원칙이었다(89다카30457, 80다1389). 종래에, 폐쇄등기부상 등기라 하더라도 원인무효를 이유로 말소등기를 구하는 소를 제기하면 수소법원이 폐쇄등기부상 등기에 관하여 예고등기를 직권으로 촉탁함으로써 예고등기를 위해 폐쇄등기부상 등기가 신등기용지에 이기(移記)되었으므로, 그 등기의 말소를 구할 소송상의 이익이 있다고 보았는데(94다33835), 현재는 부동산등기법이 2011. 4. 12. 법률 제10580호로 전부개정되어 2011. 10. 13. 시행되면서 예고등기 제도가 폐지되어 종래와 같은 방법으로는 말소등기를 구할 수 없게 되었다.

989) 대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결; “등기관이 부동산등기법 제33조에 따라 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄하는 경우, 새로운 등기기록에는 기록되지 못한 채 폐쇄된 등기기록에만 남게 되는 등기(이하 ‘폐쇄등기’라 한다)는 현재의 등기로서의 효력이 없고, 폐쇄된 등기기록에는 새로운 등기사항을 기록할 수도 없다. 따라서 폐쇄등기 자체를 대상으로 하여 말소등기절차의 이행을 구할 소의 이익은 없다. 그러나 부동산등기법 제33조가 등기기록에 등기된 사항 중 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록할 수 있도록 정하고 있는 것은 등기실무의 편의를

등기부상 진실한 소유자의 소유권에 방해가 되는 불실등기가 존재하는 경우에 그 등기 명의인이 허무인 또는 실체가 없는 단체인 때에는 소유자는 그와 같은 ‘허무인 또는 실체가 없는 단체’ 명의의 등기행위를 한 자에 대하여 소유권에 기한 방해배제로서 ‘등기행위자를 표상하는 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의 등기’의 말소를 구할 수 있고,⁹⁹⁰⁾ 그 말소청구권을 보전하기 위하여 실제 등기행위를 한 자를 상대로 처분금지가처분을 할 수도 있다.⁹⁹¹⁾

진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기의 등기의무자는 원칙적으로 ‘현재’의 등기명의인이므로,⁹⁹²⁾ 피고가 ‘현재의 등기명의자 또는 그의 포괄승계인’이어야 한다(이러한

고려한 것이고, 이로 인하여 진정한 권리자의 권리구제가 곤란하게 되어서는 안 된다. 등기가 원인 없이 순차 이전된 상태에서 현재 효력이 있다고 보이는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록한 후 종전 등기기록을 폐쇄함으로써 진정한 권리자의 등기와 그로부터 원인 없이 이전된 등기가 폐쇄등기로 남게 되는 경우와 같이, 새로운 등기기록에 옮겨 기록되지는 못하였지만 진정한 권리자의 권리실현을 위해서 말소등기를 마쳐야 할 필요가 있는 때에는 등기가 폐쇄등기로 남아 있다는 이유로 말소등기절차의 이행을 구하는 소의 이익을 일률적으로 부정할 수 없다. 폐쇄등기 자체를 대상으로 하는 것이 아니라, 원인 없이 이전된 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요하여 ‘현재의 등기기록에 옮겨 기록되었을 위와 같은 이전 등기’를 대상으로 말소등기절차의 이행을 구하는 소는 특별한 사정이 없는 한 허용되어야 한다. 이러한 사건에서 ① 말소등기절차의 이행을 명하는 판결이 확정되고 ② 현재의 등기기록에 이미 기록되어 있는 등기 중 진정한 권리자의 등기와 양립할 수 없는 등기가 모두 말소되면, ③ 등기관은 직권으로 위 말소등기절차의 이행을 명하는 판결에서 말소등기청구의 대상이 된 위 등기를 현재의 등기기록에 옮겨 기록한 다음 그 등기에서 위 확정판결에 기한 말소등기를 실행할 수 있다고 보아야 한다. 부동산등기법에 이에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않지만, 부동산등기법 제32조 제2항을 유추하여 위와 같은 결론을 도출할 수 있다. 위 규정은 ‘등기관이 등기의 착오나 빠진 부분이 등기관의 잘못으로 인한 것임을 발견한 경우에는 지체 없이 그 등기를 직권으로 경정하여야 한다.’고 정하고 있는데, 폐쇄등기와 관련하여 위와 같은 요건을 갖춘 경우에 등기관은 당사자들의 권리를 구제하기 위하여 새로운 등기기록에 진정한 권리자의 등기를 회복하는 데에 필요한 등기도 함께 옮겨 기록하였어야 함에도 이를 누락한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 이러한 법리는 토지분할 과정에서 분할 전 토지의 등기기록에는 남아 있으나 분할 후 새로운 등기기록을 사용하는 토지의 등기기록에는 옮겨 기록되지 못한 등기에도 마찬가지로 적용된다.”

■ 부동산등기법 제33조(새 등기기록에의 이기) 등기기록에 기록된 사항이 많아 취급하기에 불편하게 되는 등 합리적 사유로 등기기록을 옮겨 기록할 필요가 있는 경우에 등기관은 현재 효력이 있는 등기만을 새로운 등기기록에 옮겨 기록할 수 있다. / 제32조(등기의 경정) ① 등기관이 등기를 마친 후 그 등기에 착오나 빠진 부분이 있음을 발견하였을 때에는 지체 없이 그 사실을 등기관리자와 등기의무자에게 알려야 하고, 등기관리자와 등기의무자가 없는 경우에는 등기명의인에게 알려야 한다. 다만, 등기관리자, 등기의무자 또는 등기명의인이 각 2인 이상인 경우에는 그 중 1인에게 통지하면 된다. ② 등기관이 등기의 착오나 빠진 부분이 등기관의 잘못으로 인한 것임을 발견한 경우에는 지체 없이 그 등기를 직권으로 경정하여야 한다. 다만, 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 제3자의 승낙이 있어야 한다.

990) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015다47105 판결; 원고가 소외인으로부터 토지 및 사찰건물을 증여받은 후 세금감면을 목적으로 실체가 없는 단체인 대한불교○○ 명의로 소유권이전등기를 마쳤으므로 이는 무효이고, 이 경우 소유자인 소외인이 무효인 등기의 말소를 청구할 수 있는 상대방은 위와 같은 실체 없는 단체 명의의 등기행위를 한 원고이지, 대한불교○○ 명의의 소유권이전등기를 주등기로 하여 단체의 대표자 변경을 원인으로 한 부기등기를 마친 것에 불과한 피고는 위 소유권이전등기의 말소등기와 관련된 등기의무자가 아니고, 따라서 등기의무자가 아닌 피고를 상대로 무효인 위 소유권이전등기의 말소절차의 이행을 구하는 원고의 이 사건 소는 당사자적격이 없는 사람을 상대로 한 부적법한 소라고 판단한 예. ■ 등기명의인의 표시변경(경정)의 등기는 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 등기부상의 표시를 실제와 합치시키기 위하여 행하여지는 것에 불과한 뿐 어떠한 권리변동을 가져오는 것이 아니므로 등기가 잘못된 경우에도 등기명의인은 다시 소정의 서면을 갖추어 경정등기를 하면 되는 것이고 따라서 거기에는 등기의무자의 관념이 있을 수 없다(2015다47105). 등기명의인의 표시변경(경정)의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 경우에는, 표시상의 소유명의자를 상대로 그 부기등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 있다(2008다1859).

991) 대법원 2008. 7. 11.자 2008마615 결정.

피고적격 역시 소송요건에 해당한다).⁹⁹³⁾

③ ‘등기의 원인무효’ 사실

소유권이전등기 명의자는 적법한 절차와 원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 법률상 추정되므로, 소유권이전등기의 말소등기를 구하는 원고가 피고 명의 등기의 법률상 추정력을 뒤집을 그 절차 및 원인의 부당을 주장·증명할 책임이 있기 때문에 위 ③ 요건이 필요하다.

위 ③ 요건의 경우, 피고 명의 등기에 관한 실체적 원인⁹⁹⁴⁾ 무효 사유나 등기가 위조 또는 절취된 등기관계서류에 의해 마쳐진 것이라는 등의 절차적 원인 무효 사유를 주장·증명하면 된다.⁹⁹⁵⁾

(2) 소유권보존등기의 말소등기청구

소유권보존등기와 그에 터 잡은 소유권이전등기의 말소등기 청구의 요건사실은, ① ‘원고 측의 원시취득’ 사실(= 토지의 경우 원고 선대가 사정(査定)받은 사실+원고의 상속 사실, 건물의 경우 원고가 신축한 사실), ② ‘피고 명의의 소유권보존등기와 ‘그에 터 잡은’ 소유권이전등기(각종 특별조치법에 의한 소유권이전등기 포함⁹⁹⁶⁾)’ 사실이고, 위 ③의 ‘등기의 원인무

992) 대법원 1990. 11. 27. 선고 89다카12398 전원합의체 판결.

993) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2015다240645 판결; “진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구 … 현재의 등기명의인이 아닌 자는 피고적격이 없다.” ⇨ 근저당권 실행으로 상고심 계속 중 매각을 원인으로 제3자 앞으로 소유권이전등기가 마쳐짐으로써 피고 3, 4는 현재 등기명의인이 아님을 알 수 있다 하여, 피고 3, 4를 상대로 진정한 명의의 회복을 위한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소는 현재의 등기명의인이 아닌 자를 상대로 한 것으로서 부적법하다고 직권으로 판단하고, 파기자판으로 소 각하 한 예.

994) 대법원 1999. 2. 26. 선고 98다50999 판결; “소유권이전등기에 있어 등기원인이라고 함은 등기를 하는 것 자체에 관한 합의가 아니라 등기하는 것을 정당하게 하는 실체법상의 원인을 뜻하는 것으로서, 등기를 함으로써 일어나게 될 권리변동의 원인행위나 그의 무효, 취소, 해제 등을 가리킨다.” ⇨ 사기죄의 피고소인 甲이 丙으로부터 매수한 토지 소유권을 고소인 乙에게 이전하여 주는 조건으로 형사합의를 시도하였으나 합의가 성립되지 않고 있던 중, 乙이 甲과의 합의를 전제로 매도인 丙으로부터 그 토지에 관한 소유권이전등기를 경료받은 경우, ① 乙과 丙 사이에 성립한 등기이전의 합의는 원래 丙이 甲과 체결한 매매계약에 따라 甲에게 소유권이전등기를 마쳐주어야 할 것을, 甲과 乙 사이에 위 토지 소유권을 乙에게 넘겨주기로 합의하였음을 전제로 바로 乙에게 소유권이전등기를 하여주기로 합의한 것이어서, 그 자체가 乙과 丙 사이에 권리변동의 원인이 되는 행위가 되는 것이 아니라, 단지 甲에 대한 소유권이전등기를 생략하고 乙 명의로 바로 소유권이전등기를 마쳐주기로 하는 중간생략등기의 합의에 지나지 아니하고, 그것은 위 토지에 대한 乙 명의의 소유권이전등기에 대한 등기원인이라고 할 수 없고, ② 나아가 乙, 甲 사이 또는 乙, 丙 사이에서도 권리변동의 유효한 등기원인이 있다고 볼 만한 사정이 없는 이상, 결국 乙 명의의 소유권이전등기는 등기원인을 결여한 원인무효의 등기에 해당한다고 한 예.

995) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2009다105215 판결; “소유권이전등기가 경료되어 있는 경우 그 등기명의자는 제3자에 대하여서뿐만 아니라 그 전 소유자에 대하여서도 적법한 등기원인에 의하여 소유권을 취득한 것으로 추정되므로, 원고가 이를 부인하고 그 등기원인의 무효를 주장하여 소유권이전등기의 말소를 구하려면 그 무효원인이 되는 사실을 주장하고 증명할 책임이 있다. 그런데 등기명의자 또는 제3자가 그에 앞선 등기명의인의 등기 관련 서류를 위조하여 소유권이전등기를 경료하였다는 점이 증명되었으면 특별한 사정이 없는 한 그 무효원인의 사실이 증명되었다고 보아야 하고, 그 등기가 실체적 권리관계에 부합한다는 사실의 증명책임은 이를 주장하는 등기명의인에게 있다.”

996) 대법원 2018. 1. 25. 선고 2017다260117 판결; “부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법(이하 ‘특별조치법’이라고 한다)에 의한 소유권이전등기는 실체적 권리관계에 부합하는 등기로 추정되지만 그 소유권이전등기도 전 등기명의인으로부터 소유권을 승계취득하였음을 원인으로 하는 것이고 보증서 및 확인서 역시 그 승계취득사

효' 사실은 별도로 필요하지가 않다.⁹⁹⁷⁾ 소유권보존등기 명의인 측은 승계취득 등 실체관계에 부합하는 사실을 항변으로서 주장·증명하여야 한다.

(3) 특별조치법 등기의 말소등기청구

피고 명의의 소유권보존등기 또는 소유권이전등기가 부동산소유권이전등기등에 관한 특별조치법 등의 특별조치법에 의하여 경료된 경우에는, ① '원고의 소유' 사실, ② '피고의 등기 경료' 사실과 함께, 위 ③의 '등기의 원인무효' 사실로서, 특별조치법 소정의 보증서나 확인서가 허위 또는 위조된 것이라거나 그 밖의 사유로 적법하게 등기된 것이 아니라는 사실을 주장·증명하여야 한다.⁹⁹⁸⁾

(4) 전등자 등 수인을 상대로 한 말소 청구

순차로 경료된 등기의 말소를 구하는 소송이나 수인 앞으로 경료된 공유등기의 말소를 구하는 소송은 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적공동소송이 아니라 통상공동소송이며,⁹⁹⁹⁾ 이와 같은 통상공동소송에서는 공동당사자들 상호간의 공격 방어 방법의 차이에 따라 모순되는 결론이 발생할 수 있는 것이고, 이는 변론주의를 원칙으로 하는 소송제도 아래서는 부득이한 일로서¹⁰⁰⁰⁾ 판결의 이유모순이나 이유불비가 된다고 할 수 없으며, 순차로 경료된 등기의 말소를 구하는 소송에서 후순위 등기에 대한 말소청구가 패소 확정됨으로써 그 전순위 등기의 말소등기 실행이 결과적으로 불가능하게 되더라도, 그 전순위 등기의 말소를 구할 소의 이익이 없다고는 할 수 없다.¹⁰⁰¹⁾

실을 보증 내지 확인하는 것이므로 그 전 등기명의인이 무권리자이기 때문에 그로부터의 소유권이전등기가 원인 무효로서 말소되어야 할 경우라면, 그 등기의 추정력은 번복된다. 같은 취지에서 소유권보존등기의 추정력은 그 등기가 특별조치법에 의하여 마쳐진 것이 아닌 한 등기명의인 이외의 자가 해당 토지를 사정받은 것으로 밝혀지면 깨어지는 것이어서, 등기명의인이 구체적으로 실체관계에 부합한다거나 그 승계취득사실을 주장·증명하지 못하는 한 그 등기는 원인무효이므로, 이와 같이 원인무효인 소유권보존등기를 기초로 마친 소유권이전등기는 그것이 특별조치법에 의하여 이루어진 등기라고 하더라도 원인무효이다.

997) 소유권보존등기의 본질에 비추어 보존등기 명의인이 원시취득자가 아니라는 점이 증명되면 그 보존등기의 추정력은 깨어지기 때문이다(후술하는 '소유권보존등기의 추정력' 부분 참조).

998) 후술하는 '각종 특별조치법에 따른 등기의 추정력' 부분 참조.

999) 따라서 그중 어느 한 등기명의자만을 상대로 말소를 구할 수도 있다(대법원 2017. 9. 12. 선고 2015다242849 판결). 복수의 권리자가 소유권이전청구권을 보존하기 위하여 가등기를 마쳐 둔 경우 특별한 사정이 없는 한 그 가등기의 말소청구소송도 권리관계의 합일적인 확정을 필요로 하는 필수적 공동소송이 아니라 통상공동소송이다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다26425 판결).

1000) 통상공동소송에 있어서는 이른바 주장쟁동의 원칙이 적용되지 아니 한다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다 47196 판결).

1001) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2007다36445 판결.

cf. 대법원 2016. 9. 30. 선고 2016다200552 판결. "판결절차는 분쟁의 관념적 해결절차로서 강제집행절차와는 별도로 독자적인 존재 의미를 갖는 것이므로 집행이 가능한지 여부는 이행의 소의 이익을 부정하는 절대적인 사유가 될 수 없다고 하더라도, 이행을 구하는 아무런 실익이 없어 법률상 이익이 부정되는 경우까지 소의 이익이 인정된다고 볼 수는 없다. 특히 의사의 진술을 명하는 판결은 확정과 동시에 그러한 의사를 진술한 것으로 간주되므로(민사집행법 제263조 제1항), 의사의 진술이 간주됨으로써 어떤 법적 효과를 가지는 경우에는 소로써 구할 이익이 있지만 그러한 의사의 진술이 있더라도 아무런 법적 효과가 발생하지 아니할 경우에는

원고가 원고 → 피고1 → 피고2의 순으로 마쳐진 피고1, 피고2 명의의 각 소유권이전 등기의 말소등기를 구하는 사안에서, ❶ 원고 → 피고1 이전등기에 절대적 무효사유(의사 능력 흠결,¹⁰⁰²⁾ 위조 등기신청서류에 의한 등기,¹⁰⁰³⁾ 각종 부동산특별조치법 위반 등기, 중복등기, 반사회적 법률행위,¹⁰⁰⁴⁾ 강행법규 위반¹⁰⁰⁵⁾ 등)가 있는 경우(피고1 등기가 '소유권보존등기'이고 원인무효인 경우,¹⁰⁰⁶⁾ 피고1 등기가 '피담보채무의 부존재'로 원인무효인 '저당권등기'이고 그에 기한 경매 취득의 경우¹⁰⁰⁷⁾도 마찬가지이다), 원고는 청구원인 요건사실로서 원고 → 피고1 이전등기의 '절대적 무효사유'를 주장·증명하면 되고,¹⁰⁰⁸⁾ 1009) 그에 대한 항변으로서 피고2는 자신의 등기가

소로써 청구할 법률상 이익이 있다고 할 수 없다.”

1002) 대법원 2022. 12. 1. 선고 2022다261237 판결.

1003) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결; “그 등기가 등기신청서류를 위조하는 등의 방법으로 권리자의 의사에 의하지 않고 아무런 원인관계 없이 부적법하게 말소되어 그 말소등기가 원인무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자가 그의 선의, 악의를 묻지 아니하고 등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있다는 취지로서”

1004) 부동산의 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 그 매매계약이 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 매매계약은 절대적으로 무효이므로, 당해 부동산을 매수인으로부터 다시 취득한 제3자는 설사 매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었다고 하더라도 매매계약이 유효하다고 주장할 수 없고, 이는 담보권설정계약에서도 마찬가지이다(2007다82875). 이중매매를 사회질서에 반하는 법률행위에 해당한다고 하여 민법 제103조에 의하여 무효라고 하기 위해서는, 제2매수인이 이중매매 사실을 알거나 알 수 있었던 것만으로는 부족하고, 나아가 매도인의 배임행위(또는 배신행위)를 유인·교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 적극적으로 가담하여야 한다(2006다47677). 이러한 법리는 이중으로 임대차계약을 체결한 경우에도 그대로 적용될 수 있다(2011다5813).

1005) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015다205086 판결; “국유재산에 관한 사무에 종사하는 직원이 타인의 명의로 국유재산을 취득하는 행위는 국유재산법에서 직접 금지한 것이 아니라고 보더라도 강행법규인 위 규정들의 적용을 산탈하기 위한 탈법행위로서 무효이다. 나아가 이 법률이 거래안전의 보호 등을 위하여 그 무효를 주장할 수 있는 상대방을 제한하는 규정을 따로 두고 있지 않은 이상 그 무효는 원칙적으로 누구에게나 주장할 수 있으므로, 그 규정을 위반하여 취득한 국유재산을 제3자가 전득하는 행위도 당연히 무효이다.”

1006) ❶ 대법원 2018. 1. 25. 선고 2017다260117 판결; “소유권보존등기의 추정력은 … 등기명의인 이외의 자가 해당 토지를 사정받은 것으로 밝혀지면 깨어지는 것이어서 … 원인무효이므로, 이와 같이 원인무효인 소유권보존등기를 기초로 마친 소유권이전등기는 그것이 특별조치법에 의하여 이루어진 등기라고 하더라도 원인무효이다.” ❷ 대법원 2022. 12. 29. 선고 2019다272275 판결; “적법한 원인 없이 타인 소유 부동산에 관하여 소유권보존등기를 마친 무권리자가 그 부동산을 제3자에게 매도하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도, 그러한 소유권보존등기와 소유권이전등기는 실체관계에 부합한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 모두 무효이다.”

1007) 대법원 2022. 8. 25. 선고 2018다205209 전원합의체 판결의 다수의견은, 민사집행법 제267조(매수인의 부동산 취득은 담보권 소멸로 영향을 받지 아니한다)가 경매개시결정이 있는 '후'에 담보권이 소멸하였음에도 경매가 계속 진행되어 매각된 경우에만 적용되고 경매개시결정 '전'에 이미 담보권이 소멸하였던 경우에는 적용되지 않으며, 따라서 이미 소멸한 근저당권에 기하여 임의경매가 개시되고 매각이 이루어진 경우, 그 경매는 무효이고 매수인은 소유권을 취득하지 못한다고 하는 한편, 당해 사안(배당이의의 소)에서는 근저당권자인 피고가 경매가 무효라고 주장하는 것은 배당받을 권리가 없음에도 배당금을 계속 보유하기 위한 것으로서 금반언 또는 신의성실의 원칙에 반하여 허용될 수 없다고 판시하였다.

1008) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2006다72802 판결; “부동산등기에는 공신력이 인정되지 아니하므로, 부동산의 소유권이전등기가 불실등기인 경우 그 불실등기를 믿고 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 경료하였다 하더라도 그 소유권을 취득한 것으로 될 수 없고, 부동산에 관한 소유권이전등기가 무효라면 이에 터잡아 이루어진 근저당권설정등기는 특별한 사정이 없는 한 무효이며, 무효인 근저당권에 기하여 진행된 임의경매절차에서 부동산을 경락받았다 하더라도 그 소유권을 취득할 수 없다.” ⇨ 매매예약완결권이 10년의 제척기간 도과로 소멸하여 소유권이전청구권보전을 위한 가등기가 원인무효로 되고, 그에 터잡아 순차로 마쳐진 본등기, 소유권이전등기, 근저당권설정등기 역시 모두 원인무효이며, 근저당권에 기한 경매에서의 경락인도 소유권을 취득할

시효취득 등으로 실체적 권리관계에 부합하는 유효한 등기라는 항변, 피고1은 피고2 등기가 실체적 권리관계에 부합하는 유효한 등기여서 원고가 말소권원인 현재의 소유권자가 아니라는 항변(후발적 소유권 상실의 항변)¹⁰¹⁰⁾ 등으로 대항할 수 있다.

② 원고 → 피고1 이전등기에 상대적 무효사유(통정허위표시 무효, 착오·사기·강박에 의한 의사표시 취소, 대리권·대표권 남용과 상대방의 악의·과실, 이사 등과 회사 간의 거래, 적법한 청산절차를 거치지 아니한 담보가등기에 기한 본등기 등)가 있는 경우라면, 원고는 청구원인 요건사실로서 원고 → 피고1 이전등기의 '상대적 무효사유'에 더하여 피고2 등기도 원인무효로서 방해배제 대상 등기라는 점, 즉 보호대상이 되지 않는 '악의의 제3자'라는 점(이사의 자기거래의 경우에는 이사회승인의 부존재와 제3자의 악의·중과실)까지 주장·증명하여야 하고(피고2가 '제3자'에 해당한다는 점은 원고의 청구원인사실로부터 이미 명백하게 드러나므로 결국은 '악의'의 점 등만 주장·증명하면 된다),^{1011) 1012)} 그에 대한 항변으로서 피고2는 자신의 등기가 시효취득 등으로 실

수 없다고 한 예.

1009) 피고1, 피고2 명의의 각 등기는 방해배제, 말소청구의 대상인 원인 무효의 등기가 되고, 따라서 원고는 현재의 소유자가 된다.

1010) 대법원 2019. 7. 10. 선고 2015다249352 판결: "피고로부터 매매 등의 방법으로 부동산에 대한 권리가 순차적으로 이전되어 최종적으로 소유권이전등기를 마친 제3자가 시효취득을 원인으로 부동산에 대한 소유권을 취득함에 따라 당초 부동산의 소유자인 원고가 소유권을 상실하게 되면, 비록 피고 명의의 소유권이전등기가 원인무효라고 하더라도 원고에게 피고 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있는 권원이 없으므로, 원고는 피고에 대하여 소유권에 기한 등기말소청구를 할 수 없다. ... 원고는 제1심 및 원심 공동피고들이 이 사건 각 토지에 관하여 시효취득을 이유로 소유권을 취득함에 따라 소유권을 상실한 이상 비록 피고 명의의 이 사건 멸실히복등기가 원인무효의 등기라 하더라도 피고에게 이 사건 멸실히복등기의 말소를 청구할 수 있는 권원이 없고, 피고와 제1심 및 원심 공동피고들은 변론과정에서 일관되게 원고가 소유권을 상실하였음을 이유로 원고의 등기말소 청구가 기각되어야 한다고 주장하였으므로, 원고의 소유권에 기한 이 사건 멸실히복등기의 말소청구를 인용할 수 없다."

1011) ○ 대법원 2006. 3. 10. 선고 2002다1321 판결: "민법 제108조 ... 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정할 것으로, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·입증책임은 그 허위표시의 무효를 주장하는 자에게 있다." [동일 취지] 70다2155: "사기의 의사표시로 인한 매수인으로부터 부동산 위의 권리를 취득한 제3자는 ... 선의로 추정할 것이므로 사기로 인한 의사표시를 한 부동산의 양도인이 제3자에 대하여 사기에 의한 의사표시의 취소를 주장하려면 제3자의 악의를 입증할 필요가 있다고 해석함이 정당하다."

○ 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016다3201 판결: "법정대리인인 친권자의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하는 반면, 친권자나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위이고 그 행위의 상대방이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추적용하여 행위의 효과가 자에게는 미치지 않는다고 해석함이 상당하나, 그에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 선의의 제3자에 대하여는 같은 조 제2항의 규정을 유추적용하여 누구도 그와 같은 사정을 들어 대항할 수 없으며, 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 그 무효를 주장하는 자에게 있다." ㉠ 소외 2는 원고와 소외 1을 대리한 친권자 소외 3으로부터 부동산을 매수하고 소유권이전등기를 마친 다음, 피고에게 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었고, ㉡ 원고가 소외 2 명의의 소유권이전등기의 말소소송을 제기한 결과 소외 3의 친권남용행위가 인정되어 승소확정판결을 받았는데, ㉢ 원고는 소외 2 명의의 소유권이전등기가 원인무효이므로 이에 터잡은 피고 명의의 소유권이전등기 역시 원인무효라고 주장하면서 그 말소소송을 제기한 사안에서, 원심이, '소외 2 명의의 소유권이전등기가 원인무효의 등기이고, 소외 2가 아무런 권리를 취득한 바 없다면 무권리자인 소외 2가 피고에게 부동산을 매도하였다 하여도 아무런 효력이 없는 것이어서 피고 명의의 등기는 무효의 등기'라고 판단한 데 대하여, 대법원은, '피고는 소외 2로부터 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마침으로써 소외 3의 친권 남용에 따라 외형상 형성된 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 가지게 되었고, 피고가 소외 2로부터 부동산을 매수할 당시 소외 2, 3 간 매매계약이 친권남용에 의해 체결된 사실을 알고 있었다고 인정할 만한 사정이 보이지 아니하므

체적권리관계에 부합하는 유효한 등기라는 항변, 피고1은 피고2 등기가 실체적권리관계에 부합하는 유효한 등기여서 원고가 말소권원인 현재의 소유권자가 아니라는 항변 등으로 대항하게 된다.

다만, 원고 → 피고1 이전등기의 상대적 무효사유가 ‘집합건물의 전유부분과 대지사용권의 분리 처분’¹⁰¹³⁾인 경우(이 경우 피고1 명의 이전등기의 추정력을 복멸하기 위해서는 ‘전유부분과 대지사용권을 분리처분 할 수 있도록 정한 규약이나 공정증서’¹⁰¹⁴⁾가 첨부되지 않은 채 전유부분과 분리하여 집합건물의 대지에 관한 소유권등기가 마쳐진 사실’을 원고가 주장·증명하여야 한다¹⁰¹⁵⁾)에는, 피고1

로, 피고에 대하여는 소외 3의 친권 남용에 의해 매매계약이 체결된 것이라는 사정을 들어 대항할 수 없다고 볼 여지가 있으므로, 원심으로서의 피고가 소외 3의 친권 남용에 대하여 선의의 제3자인지 여부를 심리하여 원고에게 대항할 수 있는지 여부를 판단하였어야 한다.’고 한 사례.

○ 대법원 1981. 9. 8. 선고 80다2511 판결: “본건 토지는 피고 1이 원고 회사의 대표청산인으로 있던 시기에 회사로부터 매수하여 그 명의로 소유권이전등기를 한 다음 피고 2, 제1삼피고 3 및 피고 4에게 순차로 소유권이전등기가 마쳐졌는데, 원고는 원고 회사와 피고 1 간의 매매에 상법 제542조, 제398조에 따른 원고 회사 청산인회의 승인이 없다는 것을 이유로 위 피고들의 각 소유권이전등기의 말소를 구하고 있음이 분명하므로, 원고는 피고 2 및 피고 4에 대한 관계에 있어 … 피고 1의 매수에 관하여 청산인회의 승인이 없다는 점과 피고 2 및 4가 이 점에 악의가 있었다는 입증이 필요하다 할 것인데 원고는 이런 점에 아무런 입증을 아니함이 분명하므로 동 피고들에 대하여는 피고 1의 매수행위의 무효를 주장할 수 없고”

○ 대법원 2021. 10. 28. 선고 2016다248325 판결: “가등기담보 등에 관한 법률 제3조, 제4조를 위반하여 적법한 청산절차를 거치지 아니한 채 담보가등기에 기한 본등기가 이루어진 경우 그 본등기는 무효이다. 이때 … 채무자 등은 청산금채권을 변제받을 때까지는 여전히 가등기담보계약의 존속을 주장하여 그때까지의 이자와 손해금을 포함한 피담보채무액 전부를 변제하고 무효인 위 본등기의 말소를 청구할 수 있다(제11조 본문). 그러나 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다(제11조 단서 후문). 여기서 ‘선의의 제3자’라 함은 채권자가 적법한 청산절차를 거치지 않고 담보목적부동산에 관하여 본등기를 마쳤다는 사실을 모르 그 본등기에 터 잡아 소유권이전등기를 마친 자를 뜻한다. 제3자가 악의라는 사실에 관한 주장·증명책임은 무효를 주장하는 사람에게 있다.”

1012) 제1 전득자 피고 2로부터 등기를 경료받은 제2 전득자 등기의 말소를 구하기 위해서는, 제1 전득자의 악의와 제2 전득자의 악의 모두를 주장·증명하여야 함은 앞서 본 바와 같다(‘충척’의 ‘통정허위표시’ 부분 및 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다57746 판결, ‘채권양도금지 특약’에 관한 대법원 2015. 4. 9. 선고 2012다118020 판결 참조).

1013) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조(전유부분과 대지사용권의 일체성) ① 구분소유자의 대지사용권은 그가 가지는 전유부분의 처분에 따른다. ② 구분소유자는 그가 가지는 전유부분과 분리하여 대지사용권을 처분할 수 없다. 다만, 규약으로써 달리 정한 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 제2항 본문의 분리처분금지 는 그 취지를 등기하지 아니하면 선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다. ④ 제2항 단서의 경우에는 제3조 제3항을 준용한다. ─ 전유부분의 전부를 소유하는 자는 공정증서로써 규약에 상응하는 것을 정할 수 있다(제3조 제3항). 전유부분과 대지사용권의 일체성에 반하는 대지의 처분행위는 그 효력이 없다(2010다71578).

1014) 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다245142 판결: “구 집합건물법은 복수의 구분소유자들이 제정한 규약에서 달리 정하면 전유부분과 대지사용권의 분리처분을 허용하면서(제20조 제2항 단서), 복수의 구분소유자들이 존재하기 전이라도 집합건물의 전유부분 전부를 소유하는 사람은 공정증서로써 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 허용하고 있다(제20조 제4항, 제3조 제3항). 여기서 구분소유자라 함은 일반적으로 구분소유권을 취득한 사람(등기부상 구분소유권자로 등기되어 있는 사람)을 지칭하는 것이나, 다만 수분양자로서 분양대금을 완납하였음에도 분양자 측의 사정으로 소유권이전등기를 마치지 못한 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 이러한 수분양자도 구분소유자에 준하는 것으로 보아야 한다. 따라서 위와 같이 구분소유자에 준하는 수분양자가 있는 경우에는 구 집합건물법 제20조 제2항 단서에 따라 규약으로써 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 정하여야 하고, 구 집합건물법 제20조 제2항 단서, 제4항에 따라 분양자 단독으로 작성한 공정증서로는 대지사용권의 분리처분이 허용되지 않는다.” ─ 소외 회사(분양자)는 구분소유자에 준하는 수분양자들과 함께 설정한 규약에 의해서만 제2항 단서를 전유부분과 분리하여 처분하는 것을 정할 수 있고, 소외 회사가 단독으로 작성한 공정증서로는 그 분리처분을 정할 수 없다고 한 예.

이 자신의 '선의(또는 선의·무과실)'를 항변으로 주장·증명하여야 한다.¹⁰¹⁶⁾

③ 원고 → 피고1 이전등기의 무효사유로부터 제3자가 선의·악의를 불문하고 보호되

- 1015) 이 경우 제3자 명의 등기의 추정력 복멸에 관하여, ① 대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다219727 판결은, 원심이, ① 소외 회사가 집합건물의 각 구분건물에 관한 소유권보존등기를 신청하면서 등기소에 제출한 첨부서류 중에 공정증서 등은 없었던 점, ② 소외 회사의 대표이사나 위 소유권보존등기 업무를 위임받아 처리한 법무사 모두 대지사용권과 전유부분의 분리처분에 관한 공정증서 등이 작성된 적이 없다고 증언 또는 회신한 점 등에 비추어 보면, 위 건물의 대지권 등기는 원고가 공매로 취득한 대지 지분을 전유부분과 분리하여 처분할 수 있다는 내용의 공정증서가 첨부되지 않은 채 그 절차가 적법하게 진행되지 않은 것으로 볼 만한 의심스러운 사정이 있으므로 그 추정력이 깨어졌다고 봄이 타당하고, 따라서 원고가 위 대지 지분을 취득한 것은 집합건물법 제20조 제2항 본문에 반하여 무효라고 판시한 것은 정당함을 전제로 하고, 나아가 원고가 선의의 제3자에 해당하지 않는다고 판시하였다. ② 대법원 2020. 6. 4. 선고 2016다245142 판결이 "이 사건 제3자 지분에 대해서 대지사용권이 성립하였지만 그 대지사용권을 이 사건 각 구분건물의 전유부분과 분리처분할 수 있도록 정한 규약이 존재하지 아니한 이상 소외 회사가 단독으로 작성한 공정증서만으로 이 사건 제3자 지분을 전유부분과 분리처분한 것은 구 집합건물법 제20조 제2항에 반하여 무효이므로, 원고들이 비록 이 사건 공매절차를 통해 이 사건 제3자 지분의 소유권을 취득하였더라도 이는 효력이 없다."라고 판시 한 것도 같은 취지로 볼 수 있다. ■ 등기의 추정력에는 '권리의 적법추정'과 함께 '등기절차의 적법추정'을 포함하므로 '분리처분 할 수 있도록 정한 규약이나 공정증서의 부존재나 미첨부'를 등기의 무효를 주장하는 쪽에서 주장·증명함이 옳다.
- 1016) 대법원 2018. 12. 28. 선고 2018다219727 판결: "집합건물법 제20조 ... '선의'의 제3자라 함은 원칙적으로 집합건물의 대지로 되어 있는 사정을 모른 채 대지사용권의 목적이 되는 토지를 취득한 제3자를 뜻한다. 여기에는 그 토지 위에 집합건물이 존재하는 사실은 알았으나 해당 토지나 그 지분에 관하여 공정증서 등으로 전유부분과 대지사용권을 분리하여 처분할 수 있도록 정한 것으로 믿은 제3자도 포함된다. 다만 집합건물의 전유부분과 대지사용권이 분리되는 것을 최대한 억제하여 대지사용권 없는 구분소유권 발생을 방지함으로써 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율을 도모하려는 집합건물법 제20조의 규정 취지 및 같은 조 제3항이 '분리처분금지의 취지를 등기하지 아니할 것' 외에 '선의로 물권을 취득할 것'을 요건으로 정하고 있는 점 등을 종합하면, 단지 집합건물 대지에 관하여 대지권등기가 되어 있지 않다거나 그 일부 지분에 관해서만 대지권등기가 되었다는 사정만으로는 그 대지나 대지권등기가 되지 않은 나머지 대지 지분을 취득한 자를 선의의 제3자로 볼 수는 없다. 그와 같은 경우 대지나 그 지분을 취득한 제3자가 선의인지 여부는 대지 일부에 한 집합건물이 자리 잡고 있어 분양자가 나머지 대지 부분을 활용할 필요가 있는 경우 등 집합건물과 대지의 현황 등에 비추어 볼 때 공정증서 등으로 분리처분이 가능하도록 정한 필요성이 있었는지 여부, 분양자에게 유보된 대지 지분이 위와 같은 필요에 상응하는 것인지 여부, 제3자가 경매나 공매 등의 절차에서 대지 지분을 매수한 경우라면 해당 절차에서 공고된 대지의 현황과 권리관계 등 제반 사정까지 종합하여 판단하여야 한다. ... 건물과 토지의 현황 등에 비추어 ... 나머지 대지 부분과 분리처분할 수 있도록 정할 필요성을 찾기 어려울 뿐만 아니라 원고 역시 그와 같은 필요성이 있다고 오신하였다고 볼 사정도 없는 점, 이 사건 토지 중 일부 지분에 관해서만 대지권등기가 되어 있었다는 사정 외에 원고가 분리처분을 허용하는 규약이나 공정증서 등이 작성되었을 것으로 오신할 만한 별다른 근거를 제시하지 못하고 있는 점 등 ... 비추어 보면, 원고는 피고들이 대항할 수 없는 선의의 제3자에 해당한다고 보기 어렵다." ■ 위 판시 중 '믿은', '오신'은 '선의·무과실'을 의미하는 것이고(이는 이전 판례에서는 보이지 않는 표현이다), '원고 ... 필요성이 있다고 오신하였다고 볼 사정도 없는 점', '원고가 ... 오신할 만한 별다른 근거를 제시하지 못하고 있는 점'은 요증대상이 '오신'(선의·무과실)이고 그 증명책임이 제3취득자(원고)에게 있음을 나타내는 것이다. 증명책임의 소재에 관하여는 이전의 2014다6107 판결("원심이 원고가 주장하는 사정만으로 원고를 ... 선의의 제3자라고 보기 어렵다고 판단한 것은 정당하여"), 2009다26145 판결("원심이 들고 있는 위와 같은 사정만에 기하여 피고를 선의의 제3자로 인정할 수는 없을 뿐만 아니라, 오히려 ... 피고가 ... 집합건물의 대지로 사용되고 있음을 알았다면, 피고는 원고가 대항할 수 없는 '선의'의 제3자에 해당하지 않는다고 할 수 있다")과 동일하다. '악의'를 요증대상으로 삼는 다른 상대적 무효사유와는 달리 본 것은 위 판시 중 집합건물법 제20조의 규정 취지에 근거한 것으로 볼 수 있다. 법문상 '선의로 물권을 취득한 제3자에게 대항하지 못한다.'라고 규정되어 있는데, 법문상 요건인 '선의'에 '무과실' 요건을 해석으로 추가하고(통정허위표시나 채권자취소의 경우 제3자나 수익자는 선의이면 족하고 무과실은 요건이 아니라는 것이 판례이다), 동일한 법문으로 '선의의 제3자에게 대항하지 못한다.'라고 규정한 민법 제108조 제2항(통정허위표시), 제107조 제2항(비진의표시), 제449조 제2항 단서(양도금지채권의 양도)와는 정반대로 요증대상과 증명책임의 소재를 해석하는 데는 의문이 있다. 집합건물법 제20조의 규정 취지에 부합되게 입법 단계에서 법문을 정치하게 교정함이 바람직했을 것으로 보인다.

는 경우에는, 원고의 피고2에 대한 말소등기 청구는 원칙적으로 그 주장 자체로 이유 없다.¹⁰¹⁷⁾

원고 → 피고1 이전등기의 무효사유가 '해제의 소급효'인 경우에는, 해제로 제3자의 권리를 해하지 못하지만(제548조 ① 단서) 판례는 해제로 인한 원상회복등기 전 선의의 제3자에 대하여는 해제를 주장할 수 없다고 해석하므로,¹⁰¹⁸⁾ 원고로서는 피고2 등기도 원인 무효로서 방해배제 대상 등기라는 점, 즉 피고2가 보호대상이 되지 않는 '계약해제 후 원상회복등기 전의 악의의 권리취득자'라는 점을 주장·증명하여야 한다(피고2가 '해제 전의 권리취득자'라면 원고의 말소청구는 그 주장 자체에서 이유 없다).

피고1 등기의 무효사유가 '상속재산분할의 소급효'¹⁰¹⁹⁾인 경우에도, '해제'의 경우와 동일한 구조이다.¹⁰²⁰⁾

(5) 부동산 일부에 대한 말소등기 청구의 적법 여부

'1필지 토지의 특정된 일부'에 대하여 소유권등기의 말소를 명하는 판결을 받은 등기권리자는 그 판결에 기하여 그 특정된 일부에 대한 분필등기절차를 마친 후 소유권등기를 말소할 수 있으므로, 1필지 토지의 특정된 일부에 대하여도 소유권등기의 말소 등기절차의 이행을 구할 수 있다.¹⁰²¹⁾ 토지가 합병된 경우 합병으로 소멸한 종전 토지

1017) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조(명의신탁약정의 효력) ③ 제1항(명의신탁약정) 및 제2항(부동산 물권변동)의 무효는 제3자에게 대항하지 못한다. ● 원고(명의신탁자)가 피고 2(전득자)에 대하여 '원고와 피고 1(명의수탁자) 사이의 명의신탁약정 및 그에 따른 등기의 무효'만을 무효사유로 삼고 있으면 그 말소등기 청구는 주장 자체로 이유 없어 기각되어야 하고, 원고로서는 명의수탁자로부터 전득자로의 등기에 관한 고유의 무효 사유(2009다2576,2583) 또는 전득자가 위 규정 소정의 '제3자'에 해당하지 아니하는 특별한 사정(2005다34667,34674 판결, 2014다53790 판결), 전득자가 '부동산 명의신탁자와 물권을 취득하기 위한 계약을 맺고 단지 등기명의만을 명의수탁자로부터 마친 것 같은 외관을 갖춘 자'(2008다45187)인 사실 등을 주장·증명하여야 한다.

1018) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다6341 판결: "계약해제로 인한 원상회복등기 등이 이루어지기 이전에 해약당사자와 양립되지 아니하는 법률관계를 가지게 되었고 계약 해제 사실을 몰랐던 제3자에 대하여는 계약해제를 주장할 수 없고, 이 경우 제3자가 악의라는 사실의 주장·입증책임은 계약해제를 주장하는 자에게 있다."

1019) 민법 제1015조(분할의 소급효) 상속재산의 분할은 상속개시된 때에 소급하여 그 효력이 있다. 그러나 제삼자의 권리를 해하지 못한다.

1020) 대법원 2020. 8. 13. 선고 2019다249312 판결: "상속재산인 부동산의 분할 귀속을 내용으로 하는 상속재산분할심판이 확정되면 민법 제187조에 의하여 상속재산분할심판에 따른 등기 없이도 해당 부동산에 관한 물권변동의 효력이 발생한다. 다만 위에서 본 민법 제1015조 단서의 내용과 입법 취지 등을 고려하면, 상속재산분할심판에 따른 등기가 이루어지기 전에 상속재산분할의 효력과 양립하지 않는 법률상 이해관계를 갖고 등기를 마쳤으나 상속재산분할심판이 있었음을 알지 못한 제3자에 대하여는 상속재산분할의 효력을 주장할 수 없다고 보아야 한다. 이 경우 제3자가 상속재산분할심판이 있었음을 알았다는 점에 관한 주장·증명책임은 상속재산분할심판의 효력을 주장하는 자에게 있다고 할 것이다." ● 상속재산의 분할로 제3자의 권리를 해하지 못하지만(제1015조 단서) 판례는 상속재산분할심판에 따른 등기 전 선의의 제3자에 대하여는 상속재산분할의 효력을 주장할 수 없다고 해석하므로, 상속재산분할심판의 확정으로 상속 시에 소급하여 소유권을 취득한 원고로서는, 공동상속인 피고1의 상속지분에 기초한 피고2의 등기도 원인무효로서 방해배제 대상 등기라는 점, 즉 피고2가 보호대상이 되지 않는 '상속재산분할심판 확정 후 그 등기 전의 악의(상속재산분할심판의 존재)의 권리취득자'라는 점을 주장·증명하여야 피고2 등기의 말소를 구할 수 있다. 피고2가 '상속재산분할심판 확정 전의 권리취득자'라면 원고의 말소청구는 그 주장 자체에서 이유 없다.

부분에 관한 등기를 말소하려면, 합병 후 토지 중 종전 토지 부분을 특정하여 그 부분에 대한 등기의 말소를 명하여야 하고, 합병 전의 구 지번 및 지적만으로는 등기의 말소를 구하는 부분이 특정되었다고 할 수 없다.¹⁰²²⁾

소유권등기의 ‘공유 지분 일부’만 원인무효인 경우, 진정한 권리자는 그 일부 지분에 관한 말소등기를 소로써 구할 수 있고, 법원은 그 지분에 한하여만 말소를 명할 수 있으나, 등기기술상 소유권등기의 일부말소는 허용되지 않으므로, 그 판결의 집행은 지분말소등기의 방법이 아니라 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 ‘일부말소 의미의 경정등기’(이는 등기절차 내에서만 허용될 뿐 소송절차에서는 일부말소를 구하는 외에 경정등기를 소로써 구하는 것은 부적법하다)의 방식으로 이루어진다(합유재산을 합유자 1인의 단독소유로 소유권보존등기를 한 경우에는 원인무효의 등기이므로, 말소등기청구의 소로 그 등기를 말소시킨 다음 새로이 합유의 소유권보존등기를 신청하여야 한다).¹⁰²³⁾ 소유권등기 및 그에 대한 ‘일부 말소 의미의

1021) ○ 대법원 2011. 11. 10. 선고 2010다75648 판결: 하나의 부동산에 관하여 경료된 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만을 따로 말소하는 것은 허용되지 아니한다는 이유로 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만의 말소를 구하는 원고의 청구가 부적법하다고 한 원심이 잘못이라고 한 예.

○ 대법원 1987. 10. 13. 선고 87다카1093 판결: “1필지의 토지의 특정된 일부에 대하여 소유권이전등기의 말소를 명하는 판결을 받은 등기권리자는 그 판결에 따로 토지의 분할을 명하는 주문 기재가 없다 하더라도 그 판결에 기하여 등기의무자를 대위하여 그 특정된 일부에 대한 분필등기절차를 마친 후 소유권이전등기를 말소할 수 있으므로 토지의 분할을 명함이 없이 1필지의 토지의 일부에 관하여 소유권이전등기의 말소를 명한 판결이 집행불능의 판결이라고 할 수 없다.”

1022) 대법원 1997. 6. 24. 선고 97다2993 판결(등기 말소를 구하는 부분이 특정되었다고 할 수 없다고 직권으로 판단하여 원심을 파기환송한 예).

☞ 민사소송에서 청구의 취지는 그 내용 및 범위를 명확히 알아볼 수 있도록 구체적으로 특정되어야 하고 청구취지의 특정 여부는 직권조사사항이므로, 청구취지가 특정되지 않은 경우에는 법원은 직권으로 보정을 명하고 그 보정명령에 응하지 않을 때에는 소를 각하하여야 한다. 이 경우 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 청구취지가 특정되지 아니한 것을 명백히 간과한 채 본안에 관하여 공방을 하고 있는데도 보정의 기회를 부여하지 아니한 채 당사자가 전혀 예상하지 못하였던 청구취지 불특정을 이유로 소를 각하하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 것으로서 위법하다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2011다111459 판결).

1023) ○ 대법원 2017. 8. 18. 선고 2016다6309 판결: “경정등기는 기존 등기의 일부에 등기 당시부터 착오 또는 빠진 부분이 있어 그 등기가 원시적으로 실체관계와 일치하지 아니하는 경우에 이를 시정하기 위하여 기존 등기의 해당 부분을 정정 또는 보충하여 실체관계에 맞도록 등기사항을 변경하는 등기를 말한다. 경정등기가 허용되기 위해서는 경정 전후의 등기에 동일성 내지 유사성이 있어야 하는데, 경정 전의 명의인과 경정 후의 명의인이 달라지는 권리자 경정등기는 등기명의인의 동일성이 인정되지 않으므로 허용되지 않는다. 따라서 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 경정등기 역시 소유자가 변경되는 결과로 되어 등기명의인의 동일성을 잃게 되므로 허용될 수 없다. 그런데 실체관계상 공유인 부동산에 관하여 단독소유로 소유권보존등기가 마쳐졌거나 단독소유인 부동산에 관하여 공유로 소유권보존등기가 마쳐진 경우에 소유권보존등기 중 진정한 권리자의 소유부분에 해당하는 일부 지분에 관한 등기명의인의 소유권보존등기는 무효이므로 이를 말소하고 그 부분에 관한 진정한 권리자의 소유권보존등기를 하여야 한다. 이 경우 진정한 권리자는 소유권보존등기의 일부말소를 소로써 구하고 법원은 그 지분에 한하여만 말소를 명할 수 있으나, 등기기술상 소유권보존등기의 일부말소는 허용되지 않으므로, 그 판결의 집행은 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 경정등기의 방식으로 이루어진다. 이와 같이 일부말소 의미의 경정등기는 등기절차 내에서만 허용될 뿐 소송절차에서는 일부말소를 구하는 외에 경정등기를 소로써 구하는 것은 허용될 수 없다. 그리고 합유재산을 합유자 1인의 단독소유로 소유권보존등기를 한 경우에는 그 소유권보존등기가 실질관계에 부합하지 않는 원인무효의 등기이므로, 다른 합유자는 등기명의인인 합유자를 상대로 소유권보존등기 말소청구의 소를 제기하는 등의 방법으로 그 원인무효의 등기를 말소시킨 다음 새로이 합유의 소유권보존등기를 신청할 수 있다.” ☞ 원고와 피고의

경정등기'가 원인무효인 경우, 주등기인 소유권등기의 말소와 별도로 부기등기인 위 경정등기의 말소를 구하는 소는 소의 이익이 없어 부적법하다.¹⁰²⁴⁾

일물일권주의(一物一權主義)의 원칙상, '물건의 일부분·구성 부분'에는 물권이 성립할 수 없는 것이어서 구분 또는 분할의 절차를 거치지 아니한 채 하나의 부동산 중 일부분만에 관하여 따로 소유권보존등기를 경료하거나, 하나의 부동산에 관하여 경료된 소유권보존등기 중 일부분에 관한 등기만을 따로 말소하는 것은 부적법하여 허용되지 아니한다.¹⁰²⁵⁾

(6) 등기명의인 표시변경·경정 등기의 말소등기청구의 적법 여부

등기명의인의 표시변경·경정의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 경우, 소유자는 표시상의 소유명의자를 상대로 그 부기등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있으나,¹⁰²⁶⁾ 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 이루어진 것에 불과한

합유임에도 피고 단독소유로 소유권보존등기가 마쳐졌다는 이유로 피고를 상대로 그 소유권보존등기의 권리자를 피고 단독소유에서 원고와 피고의 합유로 고치는 경정등기절차의 이행을 구함에 대하여, '단독소유를 합유로 하는 경정등기는 소유자가 변경되는 결과로 되어 등기명의인의 동일성을 잃게 되므로 허용될 수 없는 것일 뿐만 아니라 합유재산을 단독소유로 소유권보존등기 한 것은 등기기술상 경정등기의 방식으로 처리할 것도 아니므로, 어느 모로 보나 허용될 수 없는 부적법한 것'이라고 한 예.

○ 대법원 2012. 2. 9.자 2011마1892 결정: "가처분채권자가 본안사건에서 승소확정판결을 받아 소유권이전등기를 신청하는 경우, 그 가처분등기 이후에 제3자 명의의 등기가 경료되어 있을 때에는 위 소유권이전등기신청과 함께 그 가처분등기 이후에 경료된 제3자 명의의 등기말소신청도 동시에 하여 그 가처분등기 이후의 등기를 말소할 수 있다. 그리고 이 경우 가처분에 기한 승소판결에 저촉되어 말소되어야 할 대상이 부동산 전부에 대한 등기 중 일부 지분인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 말소이지만 등기의 형식은 경정등기의 방식을 취하는 일부말소 의미의 경정등기에 의하여야 한다. ... 일부말소 의미의 경정등기를 하기 위해서 등기 당시부터 당사자의 신청착오나 등기관 착오가 있을 것을 요건으로 하는 것은 아니다." ☞ 가처분채권자 甲이 본안소송에서 확정된 '乙 소유의 부동산 중 45/100 지분의 소유권을 이전받기로 하는 내용'의 조정에 갈음하는 결정에 따라 위 지분에 관한 소유권이전등기를 신청하면서 가처분등기 이후에 부동산 전부에 관하여 경료된 丙 명의의 근저당권설정등기 목적을 '乙의 55/100 지분에 관한 근저당권'으로 하는 근저당권경정등기를 신청하여 신청한 내용대로 등기가 완료되자, 근저당권자 丙이 등기관의 처분에 대한 이의신청을 한 사안에서, 甲은 丙 명의의 근저당권설정등기 중 가처분에 저촉되는 45/100 지분의 말소를 구하기 위하여 일부 말소 의미의 경정등기를 신청한 것으로 보아야 하고, 이러한 일부 말소 의미의 경정등기를 하기 위해서 등기 당시부터 당사자의 신청착오나 등기관의 착오가 있을 것을 요건으로 하는 것은 아니므로, 甲의 경정등기신청이 신청취지 자체에 의하여 법률상 허용할 수 없음이 명백한 경우에 해당한다고 볼 수 없는 한 등기관이 근저당권경정등기신청을 수리하여 등기절차를 완료한 이상 등기관의 처분에 대한 이의의 방법으로는 다룰 수 없음에도, 이와 달리 丙의 이의신청을 인용한 원심결정에 위법이 있다고 한 사례.

1024) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2001다4903 판결: "토지 소유권보존등기의 일부 지분만을 말소하기 위하여 잔존 지분권자와 말소를 구하는 진정한 권리자와의 공유로 하는 경정등기를 경료한 경우 위 소유권보존등기 경정의 부기등기는 기존의 주등기인 소유권보존등기에 종속되어 주등기와 일체를 이루는 것이고 주등기와 별개의 새로운 등기는 아니라 할 것이므로 원고들 주장과 같이 피고 김OO 명의의 소유권보존등기 및 이에 기하여 경료된 피고들 명의의 경정등기가 원인무효인 경우 피고들을 상대로 하여 위 주등기의 말소만을 구하면 되고 그에 기한 부기등기는 별도로 말소를 구하지 않더라도 주등기가 말소되는 경우에는 직권으로 말소되어야 할 성질의 것이므로, 위 부기등기의 말소청구는 소의 이익이 없는 부적법한 청구라고 할 것이다."

1025) 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다39582 판결: 구분소유의 목적이 되는 상가 1층 102호 148.76㎡ 중 일부 면적에 관한 소유권보존등기만의 말소를 구하는 원고의 소는 법률상 허용되지 아니하는 부적법한 것이라고 하면서, 등기부상의 표시 중 전유부분의 면적 표시가 잘못되었다면 이는 경정등기의 방법으로 바로 잡아야 하는 것이지 그 잘못 표시된 면적만큼의 소유권보존등기를 말소하는 방법으로 바로 잡을 수는 없다고 한 예.

1026) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다299214 판결: "등기명의인의 표시변경 또는 경정의 부기등기가 등기명의인의

경우에는 그것이 잘못되었더라도 다시 소정의 서면을 갖추어 표시변경·경정등기를 하면 되므로 소로써 그 등기의 말소를 구하는 것은 부적법하다.¹⁰²⁷⁾ 토지 표시변경등기의 말소 등기절차이행 청구도 부적법한 소이다.¹⁰²⁸⁾

원인 무효의 소유권보존등기 말소를 구하는 전소와 그 등기명의인에 관한 표시경정등기의 말소를 구하는 후소는 소송물이 달라 기판력이 미치지 않는다.¹⁰²⁹⁾

(7) 집행문부여에 대한 이의와의 관계

의사표시의무의 집행으로 인한 이전등기에 하자가 있는 경우, 집행문부여에 대한 이의의 신청이나 소를 거치지 않고 그 등기의 말소 또는 회복을 구하는 소를 제기할 수 있다.¹⁰³⁰⁾

동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 부동산등기사항증명서상의 표시가 실제 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면 진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써 그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부기등기인 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있으므로, 이와 같이 부동산의 등기명의인의 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구하려는 자는 자신이 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실을 증명하여야 한다.”
 ㉠ A 단계 명의로 소유권보존등기가 된 후, B 단계 명의로 1차 표시변경등기가, 다시 C 단계 명의로 2차 표시변경등기가 이루어졌는데, B 단계(원고)가 C 단계(피고)를 상대로 2차 표시변경등기의 말소를 구한 사안에서, 원심이, C 단계가 B 단계와 동일성이 인정되지 않는 이상 C 단계는 2차 표시변경등기를 말소할 의무가 있다고 한 데 대하여, 대법원은 B 단계로서는 자신이 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실, 즉 본등기인 소유권보존등기를 마친 A 단계와 동일한 단계라는 사실까지 증명하여야 한다고 하여 파기환송한 예.

1027) 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다69983 판결; 부동산 등기명의인 표시를 ‘한국불교태고종 연암사’에서 ‘연암사’로 변경하는 등기명의인 표시변경등기가 경료된 후 주지와 승려가 위 중단을 탈출하고 동일한 명칭의 ‘연암사’라는 별개 사찰로서의 실체를 갖춘 경우, 부동산의 적법한 소유자는 한국불교태고종 연암사이고 변경된 연암사라는 등기명의인 표시가 새로이 실체를 갖게 된 연암사를 지칭하는 것이 아니라는 이유로, 한국불교태고종 연암사는 위 표시변경등기의 경정등기를 하면 되고 말소등기를 구할 소의 이익이 없다고 한 예.

1028) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다38480 판결; “부동산등기부 표시란에 기재된 면적표시단위를 미터법으로 바꾸기 위하여 행하여진 토지표시변경등기는 실체적 권리관계와 무관한 것으로서 등기권리자와 등기의무자의 관념이 있을 수 없어 말소의 대상이 될 수 없으므로, 이 사건 소 중 이 사건 임야에 관한 토지표시변경등기의 말소등기절차이행을 구하는 부분은 소의 이익이 없어 부적법하다.”

1029) 대법원 2006. 12. 22. 선고 2004다39450 판결; “원고가 패소확정판결을 받은 이전 소송은 이 사건 임야에 대하여 마쳐진 소유권보존등기가 원인 없는 무효의 등기임을 이유로 한 소유권보존등기말소 청구소송이었고, 이 사건 소송은 위 소유권보존등기가 유효함을 전제로 다만 그 등기명의인에 관한 표시경정등기가 무효라는 이유로 등기명의인 표시경정등기의 말소를 구하는 것이어서 양소는 말소대상과 말소원인을 전혀 달리하는 것으로 그 소송물이 다르다 할 것이므로 이전 소송의 패소확정판결의 기판력은 이 사건 소송에 미치지 않는다.”

1030) ○ 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다2558 판결; “의사표시의무의 집행에는 집행문이 필요하지 않으므로(민사집행법 제263조 제1항), 그 집행으로 인한 이전등기에 하자가 있는 경우, 집행문부여에 대한 이의신청이나 집행문부여에 대한 이의의 소를 거치지 아니하더라도 그 등기의 말소 또는 회복을 구하는 소를 제기할 수 있다.”

○ 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다73021 판결; “집행권원상의 의사표시를 하여야 하는 채무가 반대급부의 이행 등 조건이 붙은 경우에는 채권자가 그 조건 등의 성취를 증명하여 재판장의 명령에 의하여 집행문을 받아야만 의사표시 의제의 효과가 발생한다. 따라서 반대급부의 이행 등 조건이 성취되지 않았는데도 등기신청의 의사표시를 명하는 판결 등의 집행권원에 집행문이 잘못 부여된 경우에는 그 집행문부여는 무효라 할 것이나, 이러한 집행문부여로써 강제집행이 종료되고 더 이상의 집행 문제는 남지 않는다는 점을 고려하면 집행문부여에 대한 이의신청이나 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기할 이익이 없으므로, 채무자로서는 집행문부여에 의하여 의제되는 등기신청에 관한 의사표시가 무효라는 것을 주장하거나 그에 기초하여 이루어진 등기의