

행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우, 건물 점유자에 대한 퇴거청구는 부적법하다.⁹⁶⁷⁾

5) 소유권 등기의 말소등기 청구 또는 진정명의회복등기 청구

가) 소 송 물

(1) 동일성 식별의 표준(관련 사건과의 비교)

원인무효로 인한 말소등기청구 사건의 소송물은 당해 등기의 말소등기청구권 이고, 그 동일성 식별의 표준이 되는 청구원인, 즉 말소등기청구권의 발생 원인은 당해 등기 원인의 무효라 할 것이어서, 등기원인의 무효를 뒷받침하는 개개의 사유는 독립된 공격방어방법에 불과하여 별개의 청구원인을 구성하는 것이 아니다.⁹⁶⁸⁾

반면에, 소유권이전등기청구 사건에서 등기원인을 달리하는 경우에는 단순히 공격·방어방법의 차이에 불과한 것이 아니고 등기원인별로 별개의 소송물로 인정된다.⁹⁶⁹⁾ 소유권확인청구 사건의 경우 그 소송물은 소유권 자체의 존부이다.

(2) 소유권이전등기말소등기청구와 진정명의회복 소유권이전등기청구의 관계

판례는,⁹⁷⁰⁾ '진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의

966) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2024다213157 판결; "건물의 '인도'는 건물에 대한 현실적·사실적 지배를 완전히 이전하는 것을 의미하고, 민사집행법상 인도 청구의 집행은 집행관이 채무자로부터 물건의 점유를 빼앗아 이를 채권자에게 인도하는 방법으로 한다. 한편 건물에서의 '퇴거'는 건물에 대한 채무자의 점유를 해제하는 것을 의미할 뿐, 더 나아가 채권자에게 그 점유를 이전할 것까지 의미하지는 않는다는 점에서 건물의 '인도'와 구별된다. 그러므로 채권자가 소로써 채무자가 건물에서 퇴거할 것을 구하고 있는데 법원이 채무자의 건물 인도를 명하는 것은 처분권주의에 반하여 허용되지 않는다."

967) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결; "행정청이 행정대집행의 방법으로 건물철거의무의 이행을 실현할 수 있는 경우에는 건물철거 대집행 과정에서 부수적으로 그 건물의 점유자들에 대한 퇴거 조치를 할 수 있는 것이고, 그 점유자들이 적법한 행정대집행을 위력을 행사하여 방해하는 경우 형법상 공무집행방해죄가 성립하므로, 필요한 경우에는 「경찰관 직무집행법」에 근거한 위험발생 방지조치 또는 형법상 공무집행방해죄의 범행방지 내지 현행범체포의 차원에서 경찰의 도움을 받을 수도 있다."고 판시한 다음, '건물 공유자 피고들이 건물을 철거하여 공유수면을 원상회복하여야 할 의무는 대체적 작위의무에 해당하므로 행정대집행의 대상이 되고, 시장은 건물철거의무를 행정대집행의 방법으로 실현하는 과정에서 부수적으로 피고들과 그 가족들의 퇴거 조치를 실현할 수 있으므로, 행정대집행 외에 별도로 퇴거를 명하는 집행권원은 필요하지 않다.'고 하여, 건물퇴거를 구하는 이 사건 소는 부적법하고, '원고가 원용한 97누157 판결은 불법건물 철거에 관한 것이 아니라, 적법한 건물에서 처분상대방의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받기 위하여 행정대집행 제고처분을 한 사안에 관한 것으로서, 그 처분의 주된 목적이 건물의 인도라는 비대체적 작위의무의 이행을 실현하고자 하는 것이어서 행정대집행의 대상이 될 수 없다고 판단한 사례였으므로, 이 사건에 원용하기에는 적절하지 않다.'고 한 예.

968) 대법원 1993. 6. 29. 선고 93다11050 판결.

969) 대물변제를 원인으로 소유권이전등기를 구하는 전소 확정판결의 기판력이 취득시효완성을 청구원인으로 소유권이전등기를 구하는 후소에 미치지 않는다고 한 예(88다가19002, 19019). 동업약정 종료로 원인으로 대지 전부에 관하여 소유권이전등기절차의 이행을 구하였다가 패소한 확정판결의 기판력은 동업관계 존속을 전제로 그 지분에 한하여 소유권이전등기절차 이행을 구하는 소에는 미치지 아니한다고 한 사례(90다8961).

970) 대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결의 다수의견; "진정한 등기명의의 회복을 위한 소유권이전등기청구는 이미 자기 앞으로 소유권을 표상하는 등기가 되어 있었거나 법률에 의하여 소유권을 취득한 자가 진정한 등기명의를 회복하기 위한 방법으로 현재의 등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구하는 것에 같음하

말소등기청구권은 그 소송물이 실질상 동일한 것으로 보아야 하므로 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다.’고 하여, 두 청구의 중첩적 허용을 부정한다.⁹⁷¹⁾

(3) 말소등기청구와 상속회복청구의 관계

자신이 진정한 상속인임을 전제로 그 상속으로 인한 소유권 또는 지분권 등 재산권의 귀속을 주장⁹⁷²⁾하면서 참칭상속인⁹⁷³⁾ 또는 참칭상속인으로부터 상속재산에 관

여 허용되는 것인데, 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 어느 것이나 진정한 소유자의 등기명의를 회복하기 위한 것으로서 실질적으로 그 목적이 동일하고, 두 청구권 모두 소유권에 기한 방해배제청구권으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하므로, 비록 전자는 이전등기, 후자는 말소등기의 형식을 취하고 있다고 하더라도 그 소송물은 실질상 동일한 것으로 보아야 하고, 따라서 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받았다면 그 기판력은 그 후 제기된 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에도 미친다고 보아야 할 것이다. 이와 달리 소유권이전등기말소청구소송에서 패소확정판결을 받은 당사자도 그 확정판결의 기판력이 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구소송에는 미치지 아니하므로 다시 진정명의회복을 위한 소유권이전등기청구소송을 제기할 수 있다고 본 ... 판결 등의 견해는 이와 저촉되는 한도 내에서 변경하기로 한다.”

971) 이에 대하여 별개의견은, 소유권이전등기말소등기청구와 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구 간 소송물의 동일 여부, 기판력의 저촉 여부에 관하여는 다수의견에 반대하면서도, “전소와 후소를 통하여 당사자가 얻으려고 하는 목적이나 사실관계가 동일하고, 전소의 소송과정에서 이미 후소에서와 실질적으로 같은 청구나 주장을 하였거나 그렇게 하는 데 아무런 장애가 없었으며, 후소를 허용함으로써 분쟁이 이미 종결되었다는 상대방의 신뢰를 해치고 상대방의 법적 지위를 불안정하게 하는 경우에는 후소는 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 할 것이다.”라고, 반대의견은, “기판력의 범위를 결정하는 소송물은 원고의 청구취지와 청구원인에 의하여 특정되는 것으로서, 사실관계나 법적 주장을 떠나서 청구취지가 다르다면 소송물이 같다고 할 수 없을 것”이라고 하면서, 소유권이전등기말소등기청구와 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구는 “우선 그 청구취지가 다르므로, 이러한 법리의 적용을 배제할 만한 상당한 법적 근거가 없다면 이 두 소송의 소송물이 다르다고 보아야 할 것”이고, “등기절차상으로 말소등기와 이전등기라고 하는 엄연한 차이가 있으므로, 실체법과 함께 등기절차법의 측면에서 이들 청구권의 법적 근거가 반드시 동일하다고만 볼 수도 없는 것”이라 하여, “소유권이전등기의 말소청구와 함께 진정명의회복을 원인으로 하는 소유권이전등기청구를 중첩적으로 허용함이 타당하다.”라고 하였다.

972) 피상속인 사망 후 공동상속인 중 1인이 다른 공동상속인에게 자신이 상속한 재산을 중간생략등기 방식으로 명의신탁하였다가 그 명의신탁이 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률에 반하여 무효임을 이유로 상속재산의 반환 또는 그 반환채무의 이행불능을 원인으로 한 손해배상을 구하는 경우, 그러한 청구는 명의신탁이 무효임을 원인으로 하여 소유권의 귀속 등을 주장하는 것일 뿐 상속으로 인한 재산권의 귀속을 주장하는 것이라고 볼 수 없고, 나아가 명의신탁자로 주장된 피고를 두고 진정상속인의 상속권을 침해하고 있는 참칭상속인이라고 할 수도 없으므로, 위와 같은 청구가 상속회복청구에 해당한다고 할 수 없다. 이는 위와 같은 소송에서 명의신탁자로 주장된 피고가 명의신탁 사실을 부인하고 단독상속을 주장한다고 하여 달리 볼 것은 아니다(2011다 81152).

973) ❶ 상속회복청구의 상대방이 되는 참칭상속인이라 함은 정당한 상속권이 없음에도 재산상속인인 것을 신뢰케 하는 외관을 갖추고 있는 자나 상속인이라고 참칭하여 상속재산의 전부 또는 일부를 점유하는 자를 가리키는 것으로서, 공동상속인의 한 사람이 다른 상속인의 상속권을 부정하고 자기만이 상속권이 있다고 참칭하여 상속재산인 부동산에 관하여 단독 명의로 소유권이전등기를 한 경우는 물론이고, 상속을 유효하게 포기한 공동상속인 중 한 사람이 그 사실을 숨기고 여전히 공동상속인의 지위에 남아 있는 것처럼 참칭하여 그 상속지분에 따른 소유권이전등기를 한 경우에도 참칭상속인에 해당할 수 있으나, 이러한 상속을 원인으로 하는 등기가 그 명의인의 의사에 기하지 않고 제3자에 의하여 상속 참칭의 의도와 무관하게 이루어진 것일 때에는 위 등기명의를 상속회복청구의 소에서 말하는 참칭상속인이라고 할 수 없다. 그리고 수인의 상속인이 부동산을 공동으로 상속하는 경우 그와 같이 공동상속을 받은 사람 중 한 사람이 공유물의 보존행위로서 공동상속인 모두를 위하여

한 권리를 취득하거나 새로운 이해관계를 맺은 제3자를 상대로 상속재산인 부동산에 관한 등기의 말소 등을 청구하는 경우⁹⁷⁴⁾에는, 그 소유권 또는 지분권이 귀속되었다는 주장이 상속을 원인으로 하는 것인 이상 그 청구원인 여하에 불구하고 이는 민법 제999조⁹⁷⁵⁾ 소정의 상속회복청구의 소(3년 또는 10년의 제척기간이 적용된다)에 해당한다.⁹⁷⁶⁾

중복 소유권보존등기 중 후행 보존등기로부터 이루어진 소유권이전등기가 참칭상속인에 의한 것이어서 무효임을 이유로 말소등기를 구하였으나 패소 확정된 상속회복청구의 전소의 기판력은 후행 보존등기나 그에 기초한 후속등기에 대하여 후행 보존등기 자체의 무효를 이유로 말소등기를 구하는 후소에 미치지 않는다.⁹⁷⁷⁾

상속등기를 신청하는 것도 가능하므로, 부동산에 관한 상속등기의 명의인에 상속을 포기한 공동상속인이 포함되어 있다고 하더라도 그 상속을 포기한 공동상속인 명의의 지분등기가 그의 신청에 기한 것으로서 상속 참칭의 의도를 가지고 한 것이라고 쉽게 단정하여서는 아니 된다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010다33392 판결). ㉔ 공동상속인 중 1인이 상속등기에 갈음하여 구 부동산소유권 이전등기 등에 관한 특별조치법에 따라 그 명의의 소유권이전등기를 경료한 경우에 그 이전등기가 무효라는 이유로 다른 공동상속인이 그 등기의 말소를 청구하는 소는 상속회복청구의 소에 해당한다(2009다41199). ㉕ 소유권이전등기에 의하여 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추었는지 여부는 권리관계를 외부에公示하는 등기부의 기재에 의하여 판단하여야 하므로, 등기원인이 상속이 아닌 매매, 증여 등 다른 원인으로 되어 있다면 소유권이전등기를 한 등기명의인이 공동상속인 중의 1인이라고 하더라도 참칭상속인이라고 할 수 없고, 일단 적법하게 공동상속등기가 마쳐진 부동산에 관하여 상속인 중 1인이 자기 단독명의로 소유권이전등기를 한 경우 다른 상속인들이 그 이전등기가 원인 없이 마쳐진 것이라 하여 말소를 구하는 소는 상속회복청구의 소에 해당하지 아니하여 민법 제999조 제2항이 정하는 소의 제기에 관한 제척기간이 적용되지 아니한다. 이는 상속권이 침해되었음을 이유로 그 회복을 구하는 것이 아니라 상속으로 일단 취득한 소유권이 그 후 위법하게 침해되었다는 이유로 소유권의 회복을 구하는 것이기 때문이며, 공동상속등기와 그에 이은 이전등기 사이의 시간적 간격이 짧거나 공동상속등기와 이전등기가 상속인 중 1인에 의하여 동일한 기회에 이루어졌다고 하여 달리 볼 것이 아니다(2009다78801).

974) 참칭상속인이 상속재산의 전부 또는 일부를 점유함으로써 진정한 상속인의 재산상속권을 침해한 경우, 상속회복을 청구하는 자는 ① 자신이 상속권을 가지는 사실과 ② 청구의 목적물이 상속개시 당시 피상속인의 점유에 속하였던 사실뿐만 아니라, 나아가 ③ 참칭상속인에 의하여 그의 재산상속권이 침해되었음을 주장·증명하여야 한다. 예컨대, 참칭상속인이 상속재산인 은행예금 중 얼마를 인출하였는지, 상속재산인 주식을 얼마나 처분함으로써 원고의 구체적 상속분이 얼마나 침해되었는지에 관하여 원고가 구체적으로 주장·증명하여야 한다(2009다64635).

975) 민법 제999조(상속회복청구권) ① 상속권이 참칭상속권자로 인하여 침해된 때에는 상속권자 또는 그 법정대리인은 상속회복의 소를 제기할 수 있다. ② 제1항의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날부터 3년, 상속권의 침해행위가 있는 날부터 10년을 경과하면 소멸된다. ☞ 헌법재판소 2001. 7. 19. 99헌바9 결정이 구 민법 제999조 제2항 중 '상속이 개시된 날부터 10년' 부분은 헌법에 위반된다고 결정함에 따라, '상속이 개시된 날'이 '상속권의 침해행위가 있는 날'로 2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정되었다.

976) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다5740 전원합의체 판결의 다수의견. 반대의견은, "부동산의 진정한 소유자가 원인무효등기의 말소를 청구하는 것은 소유권 그 자체에 터잡아서 방해의 배제나 소유물의 반환을 청구하는 것으로서 소유권이 있는 한 항상 행사할 수 있는 것인데, 그 소유권을 취득하게 된 원인이 상속이라고 하여 그리고 그 상대방이 상속인을 참칭하여 등기를 한 사람이라고 하여, 상속회복의 소라는 이름을 붙이고 그 권리의 행사를 제한하여야 할 이유는 없다고 생각한다. 다시 말하면 진정한 상속인이 참칭상속인을 상대로 상속재산에 관한 원인무효의 등기의 말소를 청구하는 것은 상속을 원인으로 하여 취득한 소유권 그 자체를 행사하는 것이지, 재산상속권의 회복을 청구하는 것으로 보아 특별히 취급할 것은 아니며, 민법 제999조 소정의 상속회복청구권은 이와 같은 개별적 청구권과 다른 독립된 별개의 권리라고 보아야 한다. ... 원고들이 피고 명의의 보존등기가 원인무효임을 이유로 하여 그 말소를 청구하는 것은, 원고들이 소유권(지분)을 취득한 것이 상속에 인한 것이고 피고가 단독상속을 참칭하여 보존등기를 하였다고 하여도 ... 상속회복청구의 소에 해당하지 아니한다고 해석하는 것이 옳다고 생각한다."고 하였다.

977) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010다107064 판결: "동일한 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유

(4) 채권적 반환청구권과 물권적 청구권 사이의 경합

계약의 무효,⁹⁷⁸⁾ 취소,⁹⁷⁹⁾ 해제⁹⁸⁰⁾의 경우 채권적 반환청구권과 물권적 청구권

권보존등기가 마쳐진 경우 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효로 되지 않는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 그것이 실체관계에 부합하는지 여부를 가릴 것 없이 1부동산 1등기용지주의의 법리에 비추어 무효라고 할 것인 바, 원고가 선행 보존등기로부터 소유권이전등기를 한 소유자의 상속인으로서, 후행 보존등기나 그에 기하여 순차로 이루어진 소유권이전등기 등의 후속등기가 모두 무효라는 이유로 등기의 말소를 구하는 소는, 후행 보존등기로부터 이루어진 소유권이전등기가 참칭상속인에 의한 것이어서 무효이고 따라서 그 후속등기도 무효임을 이유로 하는 것이 아니라 후행 보존등기 자체가 무효임을 이유로 하는 것이므로 상속회복청구의 소에 해당하지 않는다고 할 것이다. 따라서 이 사건 소에는 상속회복청구권의 제척기간이 적용되지 않는다고 보아야 한다. ... 원고의 피상속인이 후행 보존등기가 중복등기에 해당하여 무효임을 주장하지 않고, 자신이 진정한 상속인이고 후행 보존등기로부터 상속을 원인으로 이루어진 소유권이전등기의 명의인은 진정한 상속인이 아니므로 그 소유권이전등기는 무효이고 그에 이어 이루어진 소유권이전등기도 무효라고 주장하여 소유권말소등기의 소를 제기하였다가 그 소가 상속회복청구의 소에 해당하고 제척기간이 경과하였다는 이유로 패소 판결이 확정되었다고 하더라도, 이 사건 소는 원고의 피상속인의 패소 판결이 확정된 전소와 청구원인을 달리하는 것이어서 전소의 기판력에 저촉되지 않는다.”⁹⁷⁸⁾ 원심판결에 따르면, 종전 소송의 1심법원은 종전 소송을 상속회복청구소송이라 판단하고 상속회복청구권이 이미 제척기간의 경과로 소멸되었다는 이유로 청구를 ‘기각’하였는데 이에 대한 항소, 상고가 모두 기각됨으로써 1심 판결이 그대로 확정되었다. 종전소송은 상속회복청구의 제척기간 도과 후에 제기된 소로 그 효력이 보정될 수 없는 것이므로 부적법한 소로서 각하되어야 할 것인데도 제1심이 제척기간의 경과를 이유로 청구를 기각하였고, 92다11046 판결 등의 예외적 논리(‘청구가 부적법하여 각하되어야 함에도 원심이 간과하여 그 청구를 기각한 경우, 그 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것이 아니므로 위와 같은 주문의 표현을 들어 특별히 파기할 것은 아니라고 하여 원고의 상고를 기각하는 것’)에 따라 위 1심 판결이 그대로 확정된 것으로 보이므로, 종전소송에 대한 청구기각의 패소 확정판결은 청구의 본안에 대한 기판력이 발생하는 것이 아니라는 점에서도, 후소가 전소의 기판력에 저촉되지 않는다고 볼 수 있다.

978) ① 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결: “급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이익을 원인으로 한 반환청구를 할 수 없음은 물론, 그 원인행위가 무효이기 때문에 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여, 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없는 것이고, 그리하여 그 반사적 효과로서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속하게 되는 것이라고 해석함이 타당하다.”
② 74다128: “이 사건 매매계약은 법률상 당연무효이므로 이에 기하여 피고 회사 앞으로 이전된 이 사건 매매목 적물의 일부인 이 사건 부동산에 관하여 소유권의 이전등기 및 그 점유는 법률상 원인 없이 피고들에게 된 것이므로 피고들은 원고에게 이를 원상대로 회복할 의무가 있다고 하여 원고의 이 사건 청구를 인용하였다. ... 위 판시 ... 정당하고”

979) 대법원 2012. 5. 17. 선고 2010다28604 전원합의체 판결의 다수의견에 대한 보충의견: “등기의 원인이 된 계약 등이 강박 등으로 취소된 경우에 말소등기청구는, 만일 종전의 소유자가 그 계약 등을 원인으로 소유권이전 등기를 행하였다면 이제 그 소유권의 복귀로 말미암아 물론 소유권에 기하여 이를 하는 것도 가능하나, 그와는 별도로 — 종전의 소유자가 소유권이전등기를 경료한 경우가 아니더라도 — 계약 등에 기하여 행하여진 소유권 이전등기 등의 급부에 관하여 그 취소와 같은 법률상 원인의 소멸로 인하여 그 ‘반환’을 구하는 채권적 성질의 원상회복청구권이 발생한다(한편 86다카1332 판결, 92다1353 판결 및 93다16338 전원합의체 판결 등은 등기 말소청구권이 계약 자체에 기하여 채권적 성질을 가지는 권리로서 발생할 수 있음을 정면에서 시인하고 있다).”
☞ 위 판시에서 인용한 86다카1332 판결, 93다16338 판결은 저당권이나 가등기담보권과 같은 담보권이 그 피담보채무의 변제로 효력을 상실한 경우 그 담보계약에 기한 담보등기 말소등기청구와 소유권에 기한 담보등기 말소등기 청구의 경합을 인정한 것이다.

980) ① 대법원 1993. 9. 14. 선고 92다1353 판결: “원고들은 ... 청구원인으로서 원고들이 공동으로 이OO과 사이에 ... 약정을 하였는데 이OO이 그 약정에 따른 채무를 불이행함으로써 계약해제를 하여 위 각 등기의 말소를 구한다고 주장하고 있을 뿐 원인무효의 등기라든지 대위라는 표현은 전혀 하지 않고 있는바, 이에 의하면 원고 장OO는 직접, 원고 정OO은 위 원고를 대위하여 소유권에 기한 방해배제청구의 행사로 이OO 명의의 각 등기의 말소를 구하고 있다고 보기보다는 위 약정의 불이행을 원인으로 계약을 해제하고 그 원상회복의무의 이행으로서 이 사건 소송을 하고 있는 것으로 봄이 상당하다. 그렇다면 원고들은 이 사건 후소에서, 전소에 있어서와 같이 소유권에 기한 방해배제청구권의 행사로서 ... 말소등기청구를 하는 것이 아니라, 위 약정의 계약당사자로서 그 계약해제에 따른 계약상의 권리에 기하여 원상회복으로 담보물의 반환을 받기 위하여 직접 가등기 및 근저당등기의 말소등기청구를 하고 있는 것이라 할 것이므로, 원고 장OO로서는 전소와 청구원인을 달리하는 것이고 원고 정OO으로서도 청구원인 및 당사자를 전소와 달리 하는 것이라고 할 것이어서 전소의 위 확정판결

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 조OO을 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 연후에 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