

豫告登記

裴炳日*

I. 意義

1. 豫告登記의 概念

豫告登記라 함은 既存登記의 登記原因의 無效 또는 取消로 인한 登記의 抹消登記節次 또는 回復登記節次請求를 구하는 訴가 제기된 경우(敗訴한 原告가 再審의 訴를 제기한 경우도 포함)에 受訴法院의 職權에 의한 囑託에 의하여 그 訴提起 사실을 登記簿에 기재하여 제 3자에게 警告를 발하는 登記를 말한다(不動產登記法 제 4조 本文).

不動產物權의 變動은 그 過程과 態樣을 그대로 登記簿에 公示하는 것이 원칙이기 때문에 일반적으로 登記簿의 甲區欄에는 반드시 權利자의 연속이 있고, 乙區欄에는 所有權이외의 權利의 발생·소멸이 명확하게 되어 있다. 예를 들어 A로부터 B, B로부터 C로의 賣買를 원인으로 한 각각의 所有權移轉登記가 經료되어 있는 不動產에 관하여 A가 A와 B사이의 매매가 無效라는 이유로 B와 C의 登記의 抹消登記節次를 청구하는 소송을 제기한 경우에, 만약 그 청구가 인용된다고 하면 현재의

* 嶺南大 法科大學 敎授

C명의의 登記를 신뢰하여 거래를 할려고 하고 있는 제 3자는 不測의 손해를 입을 염려가 있다. 이 경우에 訴提起前에 登記를 한 자는 일반적으로 그 소송의 被告가 되기 때문에 不測의 손해를 배려할 필요는 적다. 또한 確定判決에 기하여 현실적으로 B와 C의 登記가 抹消되면, 이후에는 登記를 신뢰하여 손해를 입을 제 3자가 생길 여지는 없기 때문에, 그러한 제 3자가 생길 가능성이 있는 시기는 訴提起가 있었던 때로부터 B와 C의 登記가 抹消되기까지의 사이가 된다. 그런데 訴提起부터 判決의 確定까지는 민사소송법상 어느 정도 기간이 필요하고 실제로는 상당한 기간이 요하는 수가 많기 때문에 기간이 길면 길수록 선의의 제 3자가 출현할 가능성이 높아지고, 이에 따라 이에 대한 조치를 강구할 필요가 생긴다. 여기에 豫告登記 制度의 필요성이 있게 되는 것이다.

2. 豫告登記의 沿革

豫告登記는 연혁적으로 독일법에서 유래한 제도라는 見解와 프랑스법에서 유래한 제도라는 見解가 있다. 전자는 독일민법 제 899조상의 異議의 登記(Widerspruch)제도에서 유래한 것이라는 見解이다¹⁾. 그러나 異議의 登記제도는 登記의 公信力을 인정하는 법제하에서는 公信力을 배제한다는 법적효과를 가져온다는 登記로서의 역할 즉 제 3자의 선의취득을 방지하기 위한 것으로 登記당사자의 이익보호를 목적으로 하기 때문에 豫告登記와는 차이가 있고²⁾, 登記의 公信力을 인정하지 않는 일본과 우리나라의 법제하에서는 성격을 달리한다고 한다.

후자의 見解는 프랑스 1855년 3월 23일 抵當登記法上的의 欄外의 附記(mention en marge)제도에서 유래하였다는 見解가 있다³⁾. 프랑스법

1) 石田文次郎, 物權法論, 191.

2) 金滉植, 登記制度改善 一般論, 民事判例研究 9, 291.

3) 吉野衛, 注釋 不動産登記法 總論, 147.

상 欄外의 附記制度는 무능력자의 의사표시의 取消, 錯誤, 詐欺, 強迫에 기한 의사표시의 取消, 계약의 解除등은 判決에 의해서만 할 수가 있고, 取消나 解除를 명한 判決이 確定되면 1월이내에 判決을 받은 변호사는 그 취지를 당해등기의 난외에 부기할 것을 신청한다는 방법으로 공시한다는 제도이다. 의사표시의 取消나 解除는 判決에 의해서만 할 수 있다는 점에서는 우리나라의 법제와는 다르지만, 의사표시가 取消되어 법률행위가 소급적으로 無效가 되는 경우에 기존등기의 欄外에 그 취지를 부기하는 것은 선의의 제 3자에게 경고를 발하는 취지라는 것은 우리나라 不動產登記法상의 豫告登記와 유사하다.

또한 이 제도는 단지 제 3자에게 경고를 발하는 취지의 것으로登記의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는다고 한다⁴⁾. 이것이 日本 舊民法 제 352조상의 訴狀의 拔抄附記制度로 반영되었다가 不動產登記法상의 豫告登記로 되었다고 한다⁵⁾.

3. 豫告登記의 要件

豫告登記는 登記原因의 無效 또는 取消을 이유로 登記의 抹消 또는 回復의 소가 제기된 경우에 하는 登記이므로, 다음과 같은 요건을 있어야 한다.

1) 登記原因의 無效 또는 取消

登記原因이라는 것은 단지 登記簿上 登記原因으로 기재되는 賣買나 贈與라는 법률행위라는 것만 아니고 실질적으로 登記를 필요로 하는 원인관계 모두를 포함한다. 따라서 登記簿상에는 登記原因이 기재되지 않는 所有權保存登記에 대하여 그 抹消登記가 취소되면 豫告登記가

4) 星野英一, 不動產公示制度の沿革の概觀, 民法論集 第2卷, 54.

5) 慶田康男, 豫告登記の效力, 不動產登記講座 2, 223.

이루어져야 한다.

登記原因이라는 것은 물권행위의 獨自性和 無因性を 인정하는 見解⁶⁾에서는 물권행위라고 파악하지만, 물권행위의 獨自性を 부인하고 有因性を 인정하는 見解⁷⁾에서는 물권변동이 있게 된 원인 즉 원인행위라고 파악한다. 不動産登記法상의 登記原因은 물권행위에 관하여 어떠한 見解를 취하든지 일반적으로 원인행위라고 본다. 이러한 登記原因에는 사법상의 행위 뿐 아니라 공법상의 행위도 포함한다.

登記原因의 無效 또는 取消은 본래의미의 無效 또는 取消의 경우만 아니라 登記原因인 법률행위의 부존재, 불성립의 경우도 포함한다.

실체상의 권리관계는 일치하고 있지만, 등기절차상의 요건을 흠결하고 있기 때문에 登記가 無效로 된 경우에는 약간 문제가 있다. 不動産登記法 제 55조 제 1호(사건이 그 登記所의 관할에 속하지 아니한 때), 제 2호(사건이 登記할 것이 아닌 때)의 경우에는 실체에 부합하더라도 無效이다. 특히 신청행위는 있지만 신청서류가 위조된 경우의 登記의 효력에 대하여는 극단적인 객관주의설(실체에 부합만 하면 登記가 유효하다는 說)을 제외하고는 어느 설에 취하더라도 登記가 無效로 되는 경우가 있기 때문에 豫告登記를 해야 한다고 보는 見解가 있다⁸⁾. 이에 대하여 登記절차상의 하자 때문에 登記가 無效로 되더라도 그 登記가 실체상의 권리와 일치하면 거래를 한 제 3자는 不測의 손해를 입을 염려는 없고 登記名義人은 실체상의 권리에 기하여 등기청구권을 가지고 있기 때문에 결국 登記는 유지되는 결과가 되기 때문에 이 경우에는 豫告登記를 할 실익이 없고 囑託할 필요는 없다고 하는 見解도 있다⁹⁾. 생각건대 신청서류가 위조되어 無效인 경우에는 登記도 無效로

6) 金曾漢, 物權法講義, 57; 金容漢, 物權法論, 85; 金基善, 韓國物權法, 71.

7) 郭潤直, 物權法, 83.

8) 田中京助, 豫告登記に關する若干の考察, 裁判所書記官研修所 創立 15周年 記念論文集, 56.

9) 北川弘治, 豫告登記はとういう場合にするのか, 判例タイムス 177호, 188; 吉野衛,

되기 때문에 豫告登記가 필요하다고 해야 할 것이다.

2) 登記의 抹消나 回復을 구하는 소를 제기할 것.

登記의 抹消는 登記公務員의 처분으로서 이루어지지만(不動産登記法 제 175조, 제 177조), 이것은 소송에 의한 것이 아니다. 登記에 公信力이 없는 우리의 법제도상, 선의의 제 3자가 不測의 손해를 입을 가능성이 있는 것은 登記의 抹消 또는 回復의 소가 제기된 경우에만 한하지 않는다. 그러나 不動産登記法은 기존의 登記를 신뢰한 제 3자가 不測의 손해를 입은 전형적인 경우인 登記의 抹消 또는 回復의 소가 제기된 경우에만 豫告登記를 할 수 있다.

登記의 抹消 또는 回復의 소는 본소 뿐 아니라 반소라도 문제가 없고 예비적이거나 선택적으로 병합청구하는 경우라도 무방하다. 豫告登記의 대상이 되는 登記는 권리에 관한 登記이어야 하고, 本登記 뿐 아니라 豫備登記인 假登記도 해당된다. 그러나 직권으로 이루어지는 표시등기는 법률행위를 원인으로 하는 登記가 아니므로 해당되지 않는다¹⁰⁾.

回復의 소는 일단 소멸한 登記의 回復을 청구하는 것이고, 舊登記의 소멸원인에 의하여 抹消回復의 登記와 滅失回復의 登記가 있다. 豫告登記가 될 수 있는 것은 抹消된 舊登記를 부활시키는 抹消回復登記 청구의 소가 제기된 경우에 한하고, 물리적으로 멸실한 舊登記를 부활시키는 滅失回復登記 경우에는 豫告登記를 할 수 없다. 抹消回復登記의 경우에도 登記상 이해관계를 가지는 제 3자의 승낙을 구하기 위한 소가 제기된 경우에는 豫告登記를 할 수 없다.

豫告登記는 소의 제기를 그 요건으로 하고 있다. 抹消 또는 回復의 登記를 당사자의 신청이나 登記公務員이 직권으로 하고자 하는 경

前掲書, 152.

10) 岡部崇明, 不動産登記法(林良平, 青山正明 編), 61.

우에는 豫告登記를 할 수 없다.

종래 閉鎖登記簿에 기재된 登記사항은 현재 登記로서의 효력이 없고 그 抹消를 구할 소송상의 이익도 없다는 것이 대법원의 판례¹¹⁾였으나 1984년 7월 1일부터 시행된 不動產登記法 시행규칙에서 閉鎖登記簿에 등재된 登記사항에 관하여 豫告登記의 囑託이 있는 때에는 그 登記사항을 新登記용지에 이기한 후 豫告登記를 하여야 한다(不動產登記法 시행규칙 제 113조)고 규정함으로써 閉鎖登記簿상의 登記사항도 豫告登記의 대상이 될 수 있다. 그 후 판례도 閉鎖登記簿상 登記라고 하더라도 원인無效를 원인으로 所有權保存登記抹消登記節次를 구하는 소를 제기하면 受訴法院이 閉鎖登記簿상의 所有權保存登記에 관하여 豫告登記를 囑託하여 그 豫告登記가 행하여 짐으로써 不動產登記法 施行規則 제 113조에 따라 그 所有權保存登記는 新登記용지에 이기되므로 登記의 抹消를 구할 소송상의 이익이 있다고 하여 이를 승인하고 있다¹²⁾.

그러나 폐쇄登記簿에 대하여 不動產登記法 施行規則 제 113조에 의한 豫告登記나 그 이기등기가 있어야 하지, 豫告登記나 이기등기가 경료되지 아니하였는 경우에는 登記의 抹消를 구할 소송상 이익이 없다¹³⁾

그리고 이와같이 登記原因의 無效 또는 取消을 원인으로 한 閉鎖登記簿상의 所有權移轉登記抹消청구의 소송에서 제 1심법원이나 원심법원이 不動產登記法 시행규칙 제 113조의 규정에 다른 豫告登記의 囑託을 하지도 않고 소의 이익이 없다고 각하하였다면 이는 위 법규에 따라 受訴法院이 하여야 할 절차를 다하지 아니한 위법이 있다¹⁴⁾.

重複保存登記의 抹消를 구하는 소의 제기가 있는 경우에는 豫告登記가 있어야 한다.

11) 대판 1980. 10. 27, 80 다 223.

12) 대판 1987. 11. 10, 87 다카 63;동 1994. 10. 28, 94 다 33835.

13) 대판 1987. 11. 10, 87 다카 63;동 1990. 5. 22, 89 다카 30457.

14) 대판 1988. 10. 11, 87 다카 21.

所有權保存登記가 되어 있지 않는 未登記不動產의 경우에는 豫告登記를 할 수 없다. 왜냐하면 豫告登記는 廣의의 권리에 관한 登記의 일종이지만, 처분제한의 登記와 같은 특별규정(不動產登記法 제 134조)이 없기 때문이다.

登記의 목적물은 1필의 토지에 한하지 않고 토지의 일부에 대하여도 豫告登記를 할 수 있으나, 1필의 토지의 일부에 관하여 登記抹消의 소가 제기되더라도 분필되지 않는 이상 登記簿上으로 그 일부를 구별할 방법이 없기 때문에 豫告登記는 할 수 없다. 그러나 甲地와 乙地를 합병하고 합병登記를 한 후 舊甲地에 관한 부분에 관하여 所有權移轉登記의 抹消의 소가 제기되면 抹消의 대상인 登記가 登記簿上 특정될 수 있기 때문에 豫告登記를 할 수 있다¹⁵⁾.

부속건물이 있는 건물에 所有權保存登記가 되어 있는 경우에 부속 건물만에 대하여 抹消의 소가 제기되더라도 豫告登記를 할 수 없다는 見解¹⁶⁾가 있으나 부속건물이라도 구분소유의 대상이 되는 경우에는 豫告登記를 할 수 있다고 할 것이다.

그러나 주된 건물과 부속건물로 되어 있는 갑건물에 관하여 ABC로 순차 所有權移轉登記가 경료된 후 C가 부속건물을 분할하여 그 부분을 을건물로 하고, 갑건물을 D에게, 을건물을 E에게 각각 양도하여 이전등기를 경료한 후 갑건물에 대하여는 BCD의 각 登記의 抹消를 을건물에 대하여는 BCE의 각 登記의 抹消를 청구하는 소가 제기된 경우에 을건물에 관하여 B의 所有權移轉登記가 전사되어 있지 않은 때에는 그 부분의 豫告登記는 할 수 없다.

공장저당법 제 7조상의 기계기구목록 기재 물건의 일부가 분리됨으로써 목록기재 변경登記節次請求의 소가 제기되더라도 豫告登記는 할 수 없다.

15) 대판 1980. 10. 27, 79 다 1857.

16) 金大煥, 豫告登記의 效力, 裁判資料 44輯, 45.

동일한登記에 관하여 복수의豫告登記가 될 수 있다. 즉 다른原告로부터 복수의抹消登記의 소가 제기되면 각각豫告登記가 될 수 있다. 복수의登記에 관하여 이루어진 복수의豫告登記를 편의상 1건의囑託書로囑託하는 수 밖에 없다.

3) 청구는登記의抹消 또는回復을 구하는 것이어야 한다.抹消 또는回復의 소의 대상이 된登記가 이미抹消 또는回復된 때에는豫告登記가 필요없다.

登記原因의無效 또는取消을 이유로登記의抹消청구를 하지 아니하고 이에 갈음하여所有權移轉登記청구를 하는 경우에는 문제가 있다.

이에 대하여 학설은登記原因의無效나取消의 효과가 대물적인 것에서 대인적인 것으로 변한다고 할 수 없고,豫告登記가 소송의原告를 위한 것도 아니고 선의의 제 3자를 보호하기 위한 제도인 만큼豫告登記를 허용하여야 한다는見解¹⁷⁾와豫告登記제도 자체가 제 3자를 보호하는 것이지만 한편으로는豫告登記가 존재하면 사실상 그不動産의 거래를 크게 저해하게 되고 남용의 우려가 있다는 점과 법규정이登記의抹消의 소에 관하여만豫告登記를 허용할 수 있다는 점에 비추어 보면眞正한登記名義의回復을 원인으로 하는所有權移轉登記청구의 소를 제기한 경우에는豫告登記를 허용하는 것이 타당하지 않다는見解¹⁸⁾가 있다. 생각컨대 종래와는 달리 대법원의全員合議體判決도眞正名義回復을 위한所有權移轉登記請求를 허용하고 있고¹⁹⁾, 이로 인하여 제 3자가不測의 손해를 볼 우려가 있기 때문에豫告登記를 허용을 하는 것이 타당하다고 할 것이다.

17) 李在性, 豫告登記의囑託에 관하여, 司法行政, 1979.12, 22; 郭潤直, 豫告登記에 관하여, 서울대 법학, 22권 3호, 61.

18) 金大煥, 前掲論文, 46; 安甲濬, 豫告登記에 관한 一考察, 司法研究資料 17輯, 199.

19) 대판 1990. 11. 27, 89 다카 12398.

재심청구에 대하여는 豫告登記를 할 수 없다고 하는 것이 종래 대법원의 판례이었다. 그러나 종래에도 재심의 소가 받아들여지게 되면 그 결과는 선의의 제 3자에게도 대항 할 수 있게 되어 登記原因의 無效로 인한 抹消 또는 回復의 청구가 있는 경우와 사정이 같으므로 舊 不動産登記法 제 4조를 유추적용하여 豫告登記를 인정하는 見解²⁰⁾도 있었다.

改正 不動産登記法 제 4조는 再審對象判決이 登記의 抹消나 回復을 구한 原告의 敗訴判決인 경우 재심의 소의 청구취지에 登記의 抹消나 回復을 구한다는 뜻이 표시되고 재심사유의 심리와 본안심리 사이에는 中間判決이 없는 한 연속되는 것이므로 그러한 재심의 소의 경우에는 豫告登記를 한다고 하여 입법적으로 해결하고 있다.

그러나 再審對象判決이 登記의 抹消나 回復 또는 이전을 구한 原告勝訴判決인 경우에는 학설은 재심청구가 인용되면 결국 確定判決에 의한 登記가 抹消 또는 回復될 수 밖에 없고 그 결과는 선의의 제 3자에게도 대항할 수 있는 것이므로 선의의 제 3자가 不測의 손해를 입을 우려가 있다는 점에서 豫告登記를 하여야 한다는 見解²¹⁾와 이 경우 재심의 소의 청구취지는 ‘原判決取消, 原告請求棄却’이 될 것이므로 그 청구가 인용되더라도 그 判決만으로는 곧바로 그 登記가 抹消 또는 回復되는 것이 아니므로 豫告登記를 할 필요가 없다는 見解(재판실무제요, 52)가 대립한다. 생각컨대 개정 不動産登記法이 명백하게 敗訴한 原告가 재심의 소를 제기한 경우라고 규정하고 있더라도, 豫告登記제도의 취지와 不動産登記法 제 4조의 유추적용을 고려하여 豫告登記를 하여야 한다는 전자의 見解가 타당하다고 할 것이다.

原告가 현재의 登記名義人을 被告로 하지 않고 전전이전한 中間登記名義人만을 상대로 소를 제기한 경우 豫告登記를 할 필요가 있는가.

20) 李在性, 豫告登記抹消에 관하여, 民事裁判의 理論과 實際 4, 402.

21) 李在性, 豫告登記의 囑託에 관하여, 22;金大煥, 前掲論文, 46.

豫告登記를 할 수 없다는 見解²²⁾와 할 수 있다는 見解²³⁾가 있다. 登記實務는 이러한 경우에 있어서 豫告登記의 抹消에 대하여 규정하고 있다. 따라서 豫告登記를 할 수 있다는 후자의 見解가 타당하다고 할 것이다.

4) 청구원인은 登記原因의 無效, 取消을 주장하는 것이어야 할 뿐 아니라 그 사유를 가지고 선의의 제 3자에게 대항할 수 있는 경우라야 한다. 登記의 원인은 실질적으로 登記의 기초가 된 원인관계를 의미하고 登記簿에 기재된 登記原因에 한정하지 않는다. 따라서 올이 갑으로부터 未登記不動産을 매수하여 所有權保存登記를 하였으나 갑이 그 매매계약의 無效 또는 取消로 이유로 올에 대하여 올의 所有權保存登記에 관한 抹消登記 이행청구의 소를 제기하면 豫告登記를 하여야 한다.

登記原因의 無效는 사회질서위반에 의한 본래적 의미의 無效 뿐 아니라 법률행위의 불성립이나 권리자의 의사와는 관계없이 登記관계서류를 위조한 경우와 같은 법률행위의 부존재도 포함한다.

舊 不動産登記法 제 4조 단서에서는 登記原因의 取消로 인한 소의 경우에만 선의의 제 3자에 대한 제한이 있는 것처럼 규정되어 있었다. 그러나 학설은 登記原因의 無效로 인한 소의 경우에도 동일한 제한이 있는 것으로 해석하는 것이 통설이었다. 개정 不動産登記法 제 4조 단서는 '그 無效 또는 取消로써'라고 하여 無效의 경우에도 동일하게 취급하였다.

따라서 진의아닌 의사표시(민법 제 107조), 통정한 허위의 의사표시(민법 제 108조), 착오의 의사표시(민법 제 109조), 사기나 강박의 의사표시(민법 제 110조) 등은 無效로 되거나 取消가 되더라도 선의의 제 3자에게 대항할 수 없으므로 豫告登記를 할 수 없다(不動産登記法 제

22) 田桂元, 豫告登記에 관한 小考, 法曹 1986. 5, 159.

23) 安甲濬, 前掲論文, 200.

4조 단서).

그러므로 豫告登記의 대상이 될 수 있는 청구원인은 登記原因의 부존재 내지 결여를 주장하는 경우, 권리남용 또는 신의성실원칙의 위반(민법 제 2조), 선량한 풍속 기타 사회질서의 위반(민법 제 103조), 불공정한 법률행위(민법 제 104조)로서 無效임을 주장하는 경우, 무능력자(미성년자, 한정치산자, 금치산자)의 행위임을 이유로 取消를 주장하는 경우(민법 제 5조, 제 10조, 제 13조 이하), 의사무능력자의 법률행위, 본인의 추인을 얻지 못한 무권대리인의 법률행위(민법 제 130조) 등에 한정된다.

登記原因의 解除를 이유로 한 登記抹消청구는 契約解除의 경우에는 선의의 제 3자의 권리를 해하지 못하므로(민법 제 548조 제 1항 단서) 豫告登記를 할 필요가 없다.

사해행위 取消를 원인으로 하는 所有權移轉登記 抹消청구의 소를 제기하는 경우에는 사해행위 取消權의 행사요건으로서 채무자 뿐 아니라 被告人 수익자 또는 전득자에게 사해의사가 있어야 한다. 따라서 선의의 전득자(제 3자)에 대하여는 取消權이 생기지 않기 때문에 그 경우에는 豫告登記를 할 수 없다.

그런데 선의의 제 3자에게 대항할 수 없는 경우에 豫告登記를 허용하지 아니하는 이유에 대하여 일본의 학설은 取消의 상대방의 입장에서 보면 取消한 자와 그 후의 제 3자는 이중매매의 각 상대방과 같아서 登記의 선후에 따라 제 3자의 권리취득여부를 가리는 대항의 문제로 보는 見解²⁴⁾와 取消로 인하여 물권은 取消權者에게 복귀되고 제 3자는 무권리자로부터 권리를 취득한다고 보는 것은 부당하므로 取消을 하고서도 登記를 하지 아니하고 있는 때에는 허위표시에 준하는 경우로 보아 이러한 자는 선의·무과실의 제 3자에게 대항할 수 없다는 見解²⁵⁾가 있다. 결국 어느 見解를 취하든지 결론은 같아지지만 전자의

24) 吉野衛, 前掲書, 176; 舟橋諄一, 不動産登記法, 202.

見解에 의하면 不動産登記法 제 4조 단서의 규정은 당연한 규정이지만, 후자의 見解에서는 정책적이고 특별한 규정이라고 보는 데에 차이가 있다고 한다.

이에 대하여 다음과 같은 이유로 不動産登記法 제 4조 但書를 삭제하자는 見解도 있다²⁶⁾. 즉 실무상 登記原因의 無效나 取消가 주장된 경우 이로써 선의의 제 3자에게 대항 할 수 있는 것인지의 여부를 일일이 심사하여 豫告登記의 필요여부를 정하는 것은 번거롭다. 소송진행 중 청구원인의 변경시마다 豫告登記의 필요여부를 정하는 것은 쉽지 않다. 선의의 제 3자가 궁극적으로 보호된다고 하더라도 법적 분쟁에 휘말리는 일이 없도록 미리 예고할 필요가 있고, 제소자측에서도 豫告登記가 폭넓게 인정되어 분쟁의 종결시까지 제 3자가 利害關係人으로 끼어들지 않는 것이 바람직하다.

파산법 제 64조에 의한 부인권을 행사하고 부인등기절차이행청구의 소가 제기된 경우에 豫告登記를 허용할 것인가가 문제된다.

학설은 破産法上 否認의 登記가 특별한 登記이지만 재산이 파산재단으로 돌아가는 점에서는 抹消登記와 유사하므로 제 3자를 위한 豫告登記의 필요성이 있다고 하는 見解²⁷⁾와 否認登記는 抹消登記가 아니므로 부정하는 見解²⁸⁾가 있다.

부인의 효과는 파산재단과 그 상대방사이에만 상대적으로 생기는 점에서는 債權者取消權上 詐害行爲 取消權의 행사와 유사한 점이 있기는 하지만 부인권의 행사는 제 3자가 선의인 경우에도 대항할 수 있는 경우가 있고, 파산의 取消나 폐지가 있는 때에는 부인의 효과가 소멸될 운명에 있어 부인권이 행사되더라도 確定的으로 抹消登記를 하지 아니

25) 於保不二雄, 物權法 上, 104.

26) 郭潤直, 前掲論文, 76; 金滉植, 前掲論文, 292; 金正洙, 現行 不動産登記制度의 問題點과 改善方向, 裁判資料 43輯, 36.

27) 郭潤直, 前掲論文, 65; 金大煥, 前掲論文, 49; 李在性, 豫告登記抹消에 관하여, 402.

28) 田桂元, 前掲論文, 155.

하는 사정이 있는 점을 고려하면 제 3자를 보호할 조치의 필요성은 있다고 할 것이다.

會社整理法上 否認의 登記청구의 소가 제기된 경우(同法 제 78조)에는 파산법상의 경우와 동일하다고 할 것이다.

4. 豫告登記의 節次

豫告登記는 不動産登記法 제 4조에 규정된 소를 수리한 법원이 직권으로써 지체없이 囑託書에 소장의 등본 또는 초본을 첨부하여 이를 登記所에 囑託하여야 한다(同法 제 39조). 囑託을 받은 登記所에서는 抹消 또는 回復의 소의 대상이 된 登記의 해당구 사항란에 豫告登記를 한다.

受訴法院은 주위적으로 수리한 법원 뿐 아니라 예비적 또는 선택적인 병합청구의 소를 수리한 법원, 반소나 소의 변경을 수리한 법원도 포함한다. 일반적으로 囑託법원은 제 1심법원인 지방법원 또는 지방법원 지원이 되지만, 반소의 제기와 소의 변경은 사실심변론 종결시까지 언제든지 할 수 있으므로 항소법원이 되는 수가 있다.

囑託書에 기재하는 목적인 不動産의 표시와 그 不動産의 登記簿의 표시는 일치하여야 하지만, 登記簿의 현재 명의인과 소장의 被告는 반드시 일치하여야 하는 것은 아니다. 연속되는 登記名義人 중 어떤 前主만을 被告로 하는 抹消의 소도 있을 수 있다.

豫告登記는 소송당사자의 이익에 봉사하는 것은 아니기 때문에 등기권리자와 등기의무자의 관념이 없다. 따라서 囑託書에 그러한 취지의 표시는 필요없고, 囑託을 할 때에도 不動産登記法 제 40조 제 1항 제 3호의 등기의무자의 권리에 관한 등기필증의 제출도 필요없다. 登記時 납부하는 登録稅도 없다.

豫告登記는 권리에 관한 登記의 일종이므로 保存登記가 되어 있지

않으면 豫告登記를 할 수 없다.

不動産에 합병되어 그에 따른登記가 경료된 후 합병전의 어느 不動産에 대하여 豫告登記의 囑託이 있는 경우에는 이를 수리하여야 하고, 그登記를 할 때에는 합병한 不動産 중 어느 부분에 대한 소송이 제기되었는지를 구체적으로 기재하여야 한다(登記例規 455항).

폐쇄登記簿에 있는登記에 관하여 豫告登記의 囑託이 있는 경우에는 登記公務員은 그登記사항을 新登記용지에 이기한 후에 豫告登記를 하여야 한다(不動産登記法 시행규칙 제 113조). 다만 豫告登記를 한 후 原告가 소송을 취하는 등의 사유로 豫告登記만 抹消되는 경우 豫告登記를 하기 위하여 이기하였던 부분을 원상대로 복구할 규정이 없다. 이 경우 제 1심법원의 豫告登記抹消囑託에 의하여 豫告登記를 抹消할 때에 登記公務員이 그 豫告登記를 위하여 소정 등기용지로부터 이기한 등기사항의登記도 동시에 抹消하는 것이 타당하다(不動産 등기기재례 396항).

재판장은 소장심사 결과 인지부족 등 보정명령의 사유가 되는 형식적 사항의 흠결이 발견된 경우에는 보정명령을 하여 흠결을 보정시킨 후 豫告登記를 囑託을 하여야 한다.

5. 豫告登記의 效力

不動産登記法에서는 豫告登記의 개념이나 囑託, 抹消등과 같은 豫告登記의 절차에 대해서는 규정을 두고 있으나 그 효력에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 豫告登記의 효력에 대하여는 전적으로 학설과 판례에 위임되어 있다고 할 것이다. 학설과 판례는 경고적 효력이 있다는 것에 대하여는 일치하고 있으나 그 밖에 다른 효력 여부에 대하여는 다툼이 있다.

1) 警告의 效力

豫告登記에서의 警告의效力이란 법률상의 效力이 아니고 단순히 제 3자에게 사실상의 경고를 준다는 의미로서 事實上의 效果라고 할 것이다²⁹⁾.

豫告登記가 登記簿에 기입되면 登記의 抹消나 回復을 청구하는 소가 제기되었다는 사실이 공시되고, 이 때문에 그 不動産에 대하여 所有權을 취득하거나 새로운 이해관계를 맺으려고 하는 제 3자는 그 사실을 알고나면 일반적으로 그러한 거래를 주저할 것이다. 豫告登記는 단지 그 不動産에 관하여 소가 제기되어 있다는 사실을 경고하기 위한 登記이므로 일반등기와 같은 물권변동의 성립이나 效果의 발생과는 관계가 없다. 판례도 豫告登記는 登記原因의 無效 또는 取消로 인한 登記의 抹消 또는 回復의 소가 제기된 경우에 그 登記에 의하여 소의 제기가 있었음을 제 3자에게 경고하여 계쟁不動産에 관하여 법률행위를 하고자 하는 선의의 제 3자로 하여금 소송의 결과 발생할 수도 있는 不測의 손해를 방지하려는 목적에서 하는 것이다³⁰⁾라고 한다.

豫告登記로 인하여 登記名義人이 상대적으로 불이익을 받게 된다고 하더라도 이는 豫告登記제도의 간접적이고 반사적인 效果에 지나지 않는다고 할 것이다.

또한 豫告登記는 登記抹消소송이 제기된 사실을 경고하는 목적을 가질 뿐이고 不動産에 대한 처분을 금지하는 效力은 없다³¹⁾. 따라서 豫告登記가 경료되어 있는 토지에 대하여 한국토지개발공사가 수용에 의하여 취득한 경우에 豫告登記가 경료된 사실만으로 토지의 처분이 제한된 것이라 할 수 없고, 따라서 한국토지개발공사법 제 12조 제 5항

29) 郭潤直, 前掲論文, 68; 慶田康男, 豫告登記, 不動産登記講座 2, 219.

30) 대판 1956. 12. 13, 4289 민상 495; 동 1998. 9. 22, 98 다 2631; 동 1994. 9. 13, 94 다 21740; 동 1966. 9. 27, 66 다 182.

31) 대판 1994. 9. 13, 94 다 21740; 동 1966. 9. 27, 66 다 182; 동 1966. 3. 22, 65 다 2616, 2617.

에 위반된다고 하더라도 토지수용의 효력은 발생한다³²⁾고 할 것이다.

2) 對抗力

豫告登記에서의 대항력의 문제는 豫告登記가 된 후에 제 3자가 登記名義人으로부터 권리취득등기를 하였을 때 豫告登記의 효력을 주장하면서 登記名義人의 권리행사나 제 3자의 권리취득을 부인할 수 있는가의 문제이다.

일반적으로 豫告登記는 실체법상 권리변동을 목적으로 하는 抹消登記나 回復登記 자체는 아니고 단순한 豫備登記에 불과한 것으로 抹消나 回復의 本登記가 실현된 경우와 같은 의미의 대항력을 가질 수는 없다. 판례도 豫告登記는 소의 제기가 있음을 제 3자에게 예고하여 不測의 손해를 방지하려는 것에 불과하므로 豫告登記후에도 제 3자는 登記不動産에 관하여 유효하게 물권의 득상변경에 관한 법률행위를 할 수 있고³³⁾, 豫告登記가 있는 후에 그 사실을 알고 권리를 취득하여도 그 권리에 영향이 없다³⁴⁾고 하고 있다.

그래서 豫告登記가 있다고 하여도 登記名義人의 권리행사에는 아무런 영향이 없고, 豫告登記의 실체법상 유효여부는 오직 본소의 결과 여부에 달려있다. 豫告登記의 원인이 된 본소송에서 原告가 勝訴하여 判決이 確定되더라도 제 3자는 그 原告에 대하여 그 確定判決에서 인정된 사실과 다른 사실이나 법률적 효과를 주장할 수 있고 경우에 따라서는 제 3자와의 사이에서는 그 確定判決과는 다른 결론이 나올 수 있다.

그러므로 이같이 豫告登記에는 대항력이 없기 때문에 저당권설정 등기의 抹消登記청구의 소가 제기되고 이에 따라 豫告登記가 되어도 그 자체로는 그 저당권자가 저당권을 실행하는 데에 아무런 문제가 없

32) 대판 1991. 11. 12, 91 다 27617.

33) 대판 1956. 12. 13, 4289 민상 495.

34) 대판 1966. 9. 27, 66 다 182.

다. 또한 豫告登記가 되어 있는 不動産이라도 國세징수법에 의하여 공매처분될 수 있다. 또한 豫告登記가 경료되어 있는 토지에 대하여 한국토지개발공사가 수용에 의하여 취득한 경우에 豫告登記가 경료된 사실만으로 토지의 처분이 제한된 것이라 할 수 없고, 따라서 한국토지개발공사법 제 12조 제 5항에 위반된다고 하더라도 토지수용의 효력은 발생한다³⁵⁾고 할 것이다.

3) 權利保全의 效力

豫告登記가 있는 후에 제 3자가 登記名義人인 被告로부터 권리를 취득하여 登記를 경료한 후 原告가 勝訴하였다고 할 경우 原告가 그 判決의 효력을 제 3자에게 주장할 수 있는가가 문제된다. 이를 인정하게 되면 豫告登記는 假登記와 같은 기능을 가지게 된다.

학설은 豫告登記가 단지 제 3자에 대한 경고를 목적으로 하는 것이고 당사자의 권리보호를 위한 登記가 아니라고 보고 따라서 권리보전의 효력을 부인하는 見解(통설)와 豫告登記는 단순히 제 3자에 대한 경고적 기능만 하는 것이 아니라 당사자의 권리를 보호하는 기능을 가진다고 보아 권리보전의 효력을 인정하는 見解³⁶⁾가 있다.

생각건대 豫告登記는 訴提起의 년월일과 受訴法院을 기입할 뿐이고, 물건변동의 내용을 공시하는 것이 아니다. 豫告登記가 있었다고 하여도 제 3자가 소의 목적이 된 登記의 無效 또는 取消의 원인을 알고 있다고 보기 어렵다. 豫告登記는 豫備登記의 일종이지만 假登記와는 달리 登記의 抹消나 回復의 이유에 대한 소명이 요구되지 아니한다(不動産登記法 제 38조 제 1항 참조). 이러한 여러 가지 점을 고려할 때 소장의 제출만으로 당사자의 의사와는 상관없이 이루어지는 豫告登記에 假登記와 같은 순위보전 내지 권리보전의 효력을 인정하는 것은 제도

35) 대판 1991. 11. 12, 91 다 27617.

36) 石田文次郎, 前掲書, 192; 山本進一, 豫告登記と處分禁止假處分, 判例タイムス 26호, 23.

의 남용에 대한 위험성이 있다고 할 것이다.

4) 推定力

登記의 公信력은 인정되지 않지만 登記가 있으면 추정력이 있고, 이러한 登記의 추정력은 豫告登記에 있어서도 마찬가지이다. 그러나 豫告登記는 일반의 登記와는 登記절차나 기재내용도 다르기 때문에 추정력의 범위도 다르다. 따라서 豫告登記의 추정력이 인정되는 범위는 실체관계에 관련된 사항에는 미치지 않는다고 할 것이다.

豫告登記가 되어 있는 不動産에 관하여 거래를 한 제 3자는 登記原因에 대하여 無效 또는 取消의 사유가 있음을 알고 있는 것으로 추정되는가. 즉 豫告登記가 되어 있기 때문에 제 3자의 악의를 인정할 수 밖에 없는 경험칙이 존재하는가. 거래를 하는 제 3자는 당해 不動産의 登記簿를 미리 점검하는 것이 당연하므로 登記의 기재내용에 대하여 악의라고 인정할 여지가 있다. 그러나 登記原因의 無效 또는 取消사유의 구체적 내용이 기재되는 것은 아니고, 豫告登記를 보았다는 사실만으로 判決의 귀추를 예견하는 것은 거의 불가능에 가깝기 때문에 제 3자에게 無效 또는 取消의 사유에 관하여 악의를 추정할 수 없다고 할 것이다³⁷⁾.

또한 선의인 데 대하여 과실은 추정되는가. 豫告登記를 발견한 것 으로부터 막바로 소의 구체적 내용을 조사하고 判決의 귀추를 豫見해야 할 주의의무가 있는 것은 당연하다고 할 수 없기 때문에 소극적으로 해석해야 한다.

따라서 豫告登記와 관련된 推定力에 대하여 정리하면 다음과 같다.

1. 제 3자가 登記의 抹消 또는 回復의 소가 제기되었다는 사실은 알고 있다고 추정된다.

37) 慶田康男, 前掲書, 221.

이 추정은 豫告登記가 되어 있는 不動産에 관한 매매계약을 체결하는 자는 登記簿를 열람한다고 보는 것이 경험칙이고, 豫告登記에는 그러한 訴提起 사실이 공시되어 있기 때문에 당연하다.

2. 抹消 또는 回復의 대상이 된 登記原因이 無效이거나 取消로 인하여 실효되었다는 사실은 추정되지 아니한다.

3. 登記原因의 無效 또는 取消을 전제로 하는 법률관계가 존재한다는 추정도 되지 아니한다. 豫告登記는 登記의 無效 또는 取消의 원인에 대하여 아무런 심사도 없이, 訴提起만으로 登記가 경료되는 것이므로 위와 같은 사실을 추정할 수 있는 근거는 없다.

4. 登記의 無效 또는 取消의 원인이 되는 사유의 존재에 관한 제 3자의 악의는 추정되지 아니한다.

豫告登記는 訴提起 사실외에 소의 대상이 된 登記의 無效 또는 取消의 원인이 기재되어 있는 것이 아니므로 제 3자가 登記簿를 본다고 하여도 위와 같은 원인사유를 알 수 없고, 또한 豫告登記만으로 判決의 결과를 예견할 수는 없다.

5. 위와 같은 사유를 모른 데 대한 과실도 추정되지 아니한다.

제 3자가 豫告登記의 존재를 알았다고 하여 判決결과를 예견하여야 할 주의의무는 없고, 그러한 경험칙도 없기 때문에 과실추정은 될 수 없다.

이처럼 악의의 추정이나 과실의 추정이 소송법상 사실상의 추정인가 법률상의 추정인가에 대하여는 논의가 있지만 사실상의 추정으로 보는 한 사실상의 문제로 귀착된다. 따라서 豫告登記의 존재를 알고 있다는 것만으로 악의나 과실을 추정할 수 없다는 것 뿐이고, 사례에 따라서는 豫告登記가 악의나 과실을 인정하는데 하나의 징표가 될 수는 있다.

5) 豫告登記와 處分禁止假處分과의 關係

처분금지가처분이란 물건 또는 권리의 양도, 담보권 설정 기타의

처분을 금지하는 가처분(민사소송규칙 제 202조)을 말한다. 豫告登記에 처분금지가처분과 같은 처분금지의 효력을 인정하는 것이 타당한가.

학설은 제 3자에 대한 경고등기에 지나지 않는 豫告登記에 처분금지가처분과 같은 강력한 효력을 인정할 근거가 없다는 이유로 부정하는 見解(通說)와 豫告登記에 처분금지가처분과 같은 효력을 인정하고 양자는 역할을 분담한다고 하여 豫告登記가 있으면 가처분은 허용되지 아니하고 나아가 豫告登記가 된 후 原告가 勝訴하면 그 判決상 原告의 권리와 병존할 수 없는 제 3자의登記는 그 判決을 가지고 本登記를 경료할 때에 登記公務員이 직권으로 이를 抹消할 수 있다는 見解³⁸⁾가 있다.

생각건대 豫告登記의 囑託은 訴提起 이유의 유무에 관한 소명을 구할 것도 없이 抹消등의 訴提起의 사실만으로 자동적으로 이루어지는 점에서 처분금지가처분 효력까지 인정하는 것은 근본적인 문제가 있다. 訴提起를 하는 것은 原告의 의욕에 지나지 않는다는 면이 강한 경우도 있기 때문에 通說에 따르는 것이 타당하다. 판례도 豫告登記는 登記抹消소송이 제기된 사실을 경고하는 목적을 가질 뿐 不動産에 대한 처분을 금지하는 효력은 없다³⁹⁾고 한다.

따라서 豫告登記의 원인이 된 소를 제기한 자가 제 3자의登記를 동시에 抹消하기 위하여는 처분금지가처분을 동시에 해두어야 한다.

6) 豫告登記와 原告의 地位

不動産登記法상 권리변경登記의 신청시 登記상 이해관계있는 제 3자가 있으면 신청서에 그 승낙서나 재판의 등본을 첨부할 것을 요구하고 있다(同法 제 63조, 제 171조, 제 175조). 豫告登記의 원인되는 소의 原告가 이러한 제 3자에 해당되는가.

38) 石田文次郎, 前掲書, 192; 山本進一, 前掲論文, 23.

39) 대판 1966. 3. 22, 65 다 2616, 2671; 동 1966. 9. 27, 66 다 182; 동 1994. 9. 13, 94 다 21740.

여기에서 이해관계있는 제 3자라 함은 새로이 기입될登記에 의하여登記의 형식상 손해를 볼 염려가 있는 제 3자를 가르킨다고 한다. 손해를 입을 염려가 있는지 여부는登記형식상 바로 결정할 수 있어야 하고 그러한 우려가 있어도登記형식상 나타나지 않는 자는 이에 해당하지 않는다.

豫告登記는原告의 권리를 보호하기 위한 것이 아니고 제 3자에 대한 경고에 그 목적이 있으므로登記名義人이라는 존재도 없다. 따라서豫告登記의 존재와 당사자의 이해관계와는 직접적인 관계가 없다. 따라서豫告登記의 원인되는 소송을 제기한原告는登記의 형식상 손해를 입을 우려가 있는 제 3자에 해당하지 않는다고 할 것이다.

7) 豫告登記와 強制執行節次에서의 利害關係人

경매절차의 利害關係人은登記簿에 기입된 不動産 위의 권리자이다(민사소송법 제 607조 제 3호).

豫告登記와 같은豫備登記에 속하는假登記의 권리자는 종래 경매절차에서는 利害關係人으로 취급하지 않았으나⁴⁰⁾, 假登記擔保등에 관한法律에서는 利害關係人으로 보고 있다(同法 제 16조).

豫告登記는受訴法院의囑託으로서 하는 것으로서豫告登記 권리가 있는 것이 아니므로豫告登記가 되었다 하더라도 그 제소자는 경매절차의 利害關係人이 아니다⁴¹⁾.豫告登記가 된 자는 利害關係人이 아니다⁴²⁾.

8) 豫告登記의 存在와 契約目的物의 瑕疵

제한물권등의登記가 있는 토지에 관하여 매매계약을 체결할 때에는 일반적으로 약정기일까지 그러한登記를抹消하여 완전한所有權을

40) 대법원 결정 1967. 12. 27, 67 다 1178.

41) 대판 1961. 11. 14, 4294 민재항 669.

42) 대판 1967. 8. 26, 67 마 947.

이전하기로 하는 특약을 하는 수가 많다. 이 경우에 매매계약을 체결한 후에 豫告登記가 경료되면 위 특약에 위반되는 것으로 보아 계약을 解除할 수 있는가가 문제된다.

학설은 豫告登記의 존재 자체는 다른 제한물권이나 압류등기와 같은 권리의 하자라고 할 수 없고, 豫告登記는 매도인에게 귀책사유나 원인이 없음에도 되는 것이고 소송이 해결될 때까지는 상당한 시일이 걸리는데에도 약정기일까지 이를 抹消하지 아니하면 계약위반으로 계약을 解除할 수 있다고 하면 부당하다고 하는 見解⁴³⁾와 豫告登記의 존재가 권리자체의 하자는 아니라고 하여도 매수인의 입장에서는 豫告登記가 된 소송에서 原告의 勝訴로 종결될 경우를 고려하면 매우 불안한 지위에 있게 되므로 所有權을 취득함에 있어 장애가 되는 일체의登記에는 豫告登記도 포함된다고 하여 豫告登記의 존재는 특약에 위반되어 계약을 解除할 수 있다고 하는 見解⁴⁴⁾가 대립된다.

매도인이 이행기의 연기를 구하는 조치를 취하지 아니하고 이행기가 도과하면 이행기체의 책임을 부담한다. 그러므로 豫告登記의 존재가 특약에 위반되는가 여부는 일률적으로 판단할 수 없고 구체적인 계약관계에서의 약정내용에 따라 판단하여야 한다고 하는 절충적인 見解도 있다⁴⁵⁾.

판례는 매매의 목적물인 不動產에 관하여 제 3자로부터 원인無效로 인한 不動產이전등기의 抹消소송이 제기되어 있으면 특별한사정이 없는 한 그 不動產 매수인은 所有權을 취득하지 못할 위험에 처해 있다고 볼 수 있으므로 이 위험이 해소될 때까지는 그 한도내에서 대금지급을 거절할 수 있다⁴⁶⁾고 한다.

생각건대 豫告登記가 있다고 하여 반드시 계약解除사유가 되는 것

43) 日本 東京地裁 1960. 5. 29.

44) 日本 仙台高裁 秋田支裁 1962. 1. 22.

45) 金大煥, 前掲論文, 62.

46) 대판 1975. 8. 19, 75 다 1100.

은 아니지만, 구체적인 계약관계에서의 약정내용에 따라 계약을 解除할 수도 있다고 할 것이다.

6. 豫告登記의 抹消

豫告登記가 된 경우에 豫告登記의 원인인 登記抹消 또는 回復청구의 소송이 계속되고 있는 동안에는 豫告登記가 존속할 필요가 있지만, 소송이 종료되면 豫告登記도 존속할 필요가 없게 되고 抹消하게 된다.

豫告登記의 抹消는 소송이 原告의 敗訴로 끝난 경우와 原告의 勝訴로 끝난 경우의 두 경우로 나누어 설명할 수 있다. 전자 즉 소송이 原告에게 불리하게 종료된 경우에는 受訴法院의 囑託에 의하여 豫告登記가 抹消되고, 후자 즉 原告에게 유리하게 종료된 경우에는 登記公務員이 직권으로 抹消하게 된다. 전자의 경우는 기존의 登記가 적법한 것으로 確定되고 이에 따라 豫告登記로 인하여 제 3자에게 경고를 줄 필요가 없고, 도리어 豫告登記의 존재는 당해 不動産의 거래를 저해하기 때문에 빨리 抹消하여야 할 것이다. 후자의 경우는 登記原因의 無効는 確定되고 따라서 현존하는 登記는 無効로 된다. 따라서 그 抹消 또는 回復의 登記가 경료되기까지는 제 3자에게 경고를 주기 위하여 豫告登記는 그 때까지는 존치될 필요는 있다⁴⁷⁾. 改正前 不動産登記法은 전자의 경우에 관한 규정만을 두고 후자의 경우에 관하여는 학설 판례에 위임하여 두었으나, 개정 不動産登記法(1983. 12. 31, 법률 제 3692호)은 후자에 관하여도 규정을 두고 있다(同法 제 170조의 2).

豫告登記를 할 수 없는데도 불구하고 受訴法院이 착오로 豫告登記를 囑託하여 登記簿상 이미 豫告登記가 기입되었다면 利害關係人은 受訴法院에 대하여 직권발동을 촉구하는 의미의 豫告登記抹消신청을 할 수 있고, 受訴法院의 囑託착오에 의한 豫告登記의 抹消囑託에 의해서만

47) 郭潤直, 前掲論文, 69.

그 豫告登記가 抹消 될 수 있다. 豫告登記 囑託은 제 1심법원의 법원사무관등이 抹消사유가 발생한 즉시 豫告登記抹消 囑託書에 재판장의 기명날인을 받은 다음 각 사유발생을 증명하는 서면과 囑託書의 부분을 각 1통씩 첨부하여 관할登記所에 송부하면 된다.

사건이 상급심에서 종료한 경우에도 豫告登記의 抹消를 囑託하는 것은 언제나 제 1심의 受訴法院이다⁴⁸⁾.

1) 訴訟이 原告에게 不利하게 終了된 경우

登記의 抹消 또는 回復을 구하는 소송이 原告 敗訴등 原告에게 불이익한 사유로 종료되는 경우의 豫告登記의 抹消절차는 두 경우가 있다. 하나는 제 1심법원에 의한 囑託抹消이고, 다른 하나는 登記公務員에 의한 직권抹消이다. 전자는 不動産登記法 제 170조 제 1항의 규정에 의한 것이고, 후자는 소송종료전에 登記公務員이 職權抹消하는 경우이다.

먼저 소송이 原告 敗訴判決(請求棄却判決)의 確定 또는 이와 유사한 사유(소각하 명령의 確定, 소장각하명령의 確定, 소의 취하 또는 취하간주, 청구의 포기, 재판상 화해)로 종료된 경우에는 제 1심법원은 직권으로 지체없이 관할登記所에 豫告登記의 抹消登記를 囑託하여야 한다(不動産登記法 제 170조 제 1항).

법원이 豫告登記의 抹消를 囑託하는 사유는 原告敗訴判決(請求棄却判決)의 確定, 소각하判決의 確定, 소장각하명령의 確定, 소의 취하 또는 취하 간주, 청구의 포기, 재판상 화해등이 있다. 다만 재판상 화해의 경우는 原告의 이익이 되는 화해는 여기에 포함되지 않는다(郭潤直, 不動産登記法, 326).

갑 을 병의 순서로 所有權移轉登記가 된 경우에 갑이 을과 병을 상대로 登記原因 부존재를 청구원인으로 한 抹消登記청구의 소를 제기

48) 郭潤直, 前掲論文, 70.

하여 올에 대하여는 勝訴確定하였으나, 병에 대하여는 敗訴한 때의 豫告登記는 어떻게 抹消하느냐. 갑이 올에 대하여 勝訴하였다고 하더라도 병의 승낙서 또는 병에 대항할 수 있는 재판의 등본(不動產登記法 제 171조 참조)을 첨부할 수 없는 이상 올의登記의 抹消신청을 할 수 없는 점에서 敗訴確定된 것이나 다름이 없다. 따라서 제 1심법원으로서는 올과 병의 豫告登記 모두를 抹消囑託하여야 한다(登記例規 456항).

다음으로 豫告登記의 抹消囑託사유가 있더라도 당해 豫告登記가 이미 다른 사유로 登記公務員에 의하여 직권抹消된 경우에는 豫告登記를 抹消囑託할 필요가 없다. 이 경우 登記公務員이 受訴法院에 그 抹消되었다는 취지를 통지해주게 되어 있다(登記例規 459항). 이처럼 豫告登記가 소송종료전에 직권抹消되는 경우는 다음의 두 경우이다.

동일한 登記사항에 대하여 두 개 이상의 豫告登記가 실행된 후에 그 중 하나의 소송이 原告勝訴判決로 確定되어 그 判決에 기한 抹消 또는 回復登記의 신청이 있을 경우에는 그 抹消 또는 回復과 동시에 당해 소송의 豫告登記 뿐 아니라 다른 豫告登記까지 登記公務員이 직권抹消하여야 한다(登記例規 459항).

豫告登記의 대상인 登記에 대하여 당사자로부터 原告勝訴判決 이외의 사유인 解止, 解除 등을 원인으로 抹消 또는 回復登記申請이 있는 경우에는 그 抹消 또는 回復과 함께 그 豫告登記를 登記公務員이 직권抹消하여야 한다(登記例規 459항).

당사자가 여러 명인 소송에서 일부 당사자에 대하여 原告勝訴, 나머지 당사자에 대하여 原告敗訴로 승패가 갈린 경우에는 原告敗訴한 당사자에 대하여만 豫告登記抹消의 囑託을 하여야 한다.

2) 訴訟이 原告에게 有利하게 終了된 경우

登記의 抹消 또는 回復을 구하는 소송이 原告勝訴判決 등 原告에게 유리한 사유로 종료되는 경우의 豫告登記의 抹消절차는 두 경우가

있다. 하나는 登記公務員이 직권으로 抹消하는 경우이고, 다른 하나는 제 1심법원이 囑託으로 抹消하는 경우이다. 전자의 경우는 不動産登記法 제 170조의 2의 규정에 의한 것이고, 후자의 경우는 不動産登記法 제 170조 제 2항 또는 제 3항의 규정에 의한 경우이다.

먼저 소송이 原告의 勝訴確定 또는 이와 유사한 사유로 종료된 경우 이에 기하여 豫告登記의 대상인 登記의 抹消登記 또는 回復登記가 이루어졌을 때에는 이미 豫告登記의 목적이 달성되었기 때문에 登記公務員이 직권으로 이를 抹消하여야 한다(不動産登記法 제 170조의 2).

原告勝訴判決의 確定, 被告에 의한 原告청구의 認諾, 登記原因의 無效를 확인하는 화해의 성립등의 사유로 登記抹消 또는 回復를 구하는 소송이 原告의 이익으로 끝나는 경우는 登記原因의 無效 또는 실효는 確定된다. 그러나 原告勝訴判決등의 사유 발생만으로는 바로 登記公務員이 豫告登記를 직권抹消할 수 있는 것이 아니고 당해 勝訴判決등에 기한 抹消 또는 回復의 登記申請이 있고 이에 기하여 抹消 또는 回復의 登記가 완료되어야 한다. 따라서 抹消 또는 回復의 登記가 완료될 때까지는 제 3자에게 경고를 주기 위하여 그 豫告登記는 존치시킬 필요가 있다. 그러므로 抹消登記 또는 回復登記가 이루어졌을 때에는 登記公務員이 직권으로 豫告登記를 抹消하여야 한다.

따라서 勝訴한 原告의 豫告登記抹消신청은 登記公務員의 직권발동을 촉구하는 의미밖에 없다. 이 경우에는 법원으로서도 豫告登記抹消의 囑託을 할 필요가 없다.

판례도 豫告登記의 원인된 不動産所有權移轉登記 抹消청구소송에서 그 勝訴判決이 確定되었다 하더라도 이 判決에 의한 抹消登記가 이루어지지 아니한 이상 그 豫告登記는 抹消될 수 없는 성질의 것이니 그 確定判決에 의한 抹消登記를 거치지 아니한 채 豫告登記만의 抹消를 구하는 신청은 不動産登記法 제 55조 제 2호의 사건이 登記할 것이 아닌 때에 해당한다⁴⁹⁾고 하고 있다. 따라서 登記公務員은 登記申請을

각하할 수밖에 없다⁵⁰⁾.

다음으로 그러나 抹消 또는 回復의 소를 제기한 자에 대하여 勝訴를 선고한 재판(청구의 인락 또는 화해)이 確定된 경우에 그 訴提起者가 그 재판에 의한 登記申請을 하지 아니하겠다는 뜻을 기재한 서면을 그 재판의正本과 함께 제출한 경우에는 제 1심법원은 지체없이 囑託書에 그 제출서면과 재판의 正본을 첨부하여 豫告登記의 抹消를 登記所에 囑託하여야 한다(不動産登記法 제 170조 제 2항). 이 경우 訴提起者의 인감증명이 필요하다(登記例規 461항).

또한 不動産登記法 제 170조 제 2항의 재판에 불구하고 登記의 抹消 또는 回復의 登記를 할 수 없음이 다른 재판에 의하여 인정되는 경우에 登記상의 利害關係人이 그 재판의 正本을 제출한 때에는 제 1심법원은 豫告登記의 抹消를 囑託하여야 한다. 이 경우 囑託書에는 그 각 재판의 正本을 첨부하여야 한다(同法 제 170조 제 3항).

勝訴判決에 따른 抹消 또는 回復登記 이전에 그 抹消의 豫告登記보다 먼저 이루어진 근저당권에 기한 경매의 경락으로 인한 所有權移轉登記가 경료된 경우에 利害關係人이 경락으로 인한 所有權移轉登記가 경료된 登記簿 正本을 제 1심법원에 제출하면 그 법원은 登記所에 豫告登記의 抹消를 囑託하게 된다. 이에 따라 原告勝訴의 判決이 確定되어 있는 경우라도 抹消 또는 回復의 登記를 경료하지 않고 豫告登記만 抹消된 경우에는 原告勝訴의 判決에 의한 抹消 또는 回復의 登記申請은 하지 못한다(不動産登記法 제 170조 제 4항). 그러한 登記의 신청이 있는 경우에는 登記公務員은 不動産登記法 제 55조 제 14호의 “登記의 신청이 제 170조 제 4항의 규정에 위반한 때”를 이유로 결정으로써 신청을 각하하여야 한다.

49) 대판 1974. 5. 28, 74 다 150; 동 1983. 6. 18, 83 마 200.

50) 대판 1987. 3. 20, 87 마카 3.

7. 豫告登記와 登記公務員의 國家賠償

豫告登記는 登記公務員의 囑託으로 하지만, 登記公務員의 과실로 인하여 豫告登記가 경료되지 아니하여 그로 인하여 손해를 입은 경우 국가배상법 제 2조에 의하여 국가에 대하여 손해배상청구를 할 수 있는가.

소의 A는 이미 1990. 12. 28. B명과의 所有權移轉登記에 대하여 抹消청구의 소를 제기하였는데도 담당공무원이 豫告登記를 囑託하지 아니하였고, 原告는 그 후에 사건토지가 B의 소유인 것으로 믿고 사건토지에 대한 근저당권을 설정하고 이를 담보로 하여 C등에게 물품을 공급하고, 나아가 사건토지에 대한 경매절차에서 이를 경락받았다가 1993. 11. 11. A가 B를 상대로 제기한 所有權移轉登記 抹消청구소송에서 A勝訴判決이 確定되었고, A는 다시 原告를 상대로 原告 명의의 所有權移轉登記에 대하여 抹消청구의 소를 제기하여 1994. 5. 25. A勝訴判決이 선고되어 確定되었다. 이에 따라 原告는 被告 대한민국에게 국가배상법에 따른 손해배상책임이 있다고 주장하였다.

판례는 당해 제소내용상 관련 학설이나 판례가 전무하거나, 서로 엇갈리기 때문에 豫告登記囑託이 필요한 사안인지에 대하여 부정적인 판단을 한 것에 과실이 있다고 볼 수 없는 경우 혹은 豫告登記가 되어 있었다 하더라도 제 3자가 마찬가지로의 거래행위를 하였을 것이라고 볼 수 있는 경우 등 특별한 사정이 없는 한, 登記原因의 無效 또는 取消로 인한 登記의 抹消 또는 回復의 소가 제기되었음에도 불구하고 담당공무원이 豫告登記의 囑託을 하지 아니한 탓으로 제 3자가 登記名義人으로부터 권리를 취득할 수 있다고 믿고 그 不動産에 관한 거래를 하였다가 그 소송의 결과에 따라 不測의 손해를 입게 되었다면 이는 담당공무원이 국가배상법 제 2조 제 1항에 따라 손해배상책임을 진다⁵¹⁾고

51) 대판 1998. 9. 22, 98 다 2631.

한다.

이 경우 손해액은 原告가 無効인 등기를 유효한 登記로 믿고 그 경매절차에서 이를 경락받았다면 그를 위하여 출연한 금액 즉 경락대금과 그 이후 所有權移轉登記를 하는 데 들어간 등록세와 登記비용이다. 또한 原告의 부주의가 原告의 손해발생이나 확대에 기여하였다는 사정이 발견된다면 이를 과실상계를 하여야 한다.

8. 豫告登記의 抹消와 登記簿取得時效

갑이 을을 상대로 所有權移轉登記의 抹消登記節次이행청구소송을 제기하여 勝訴判決이 確定되었으나 병이 을로부터 不動產을 매수할 때에는 위 判決에 따른 抹消登記가 되어 있지 아니하고 豫告登記까지 抹消되어 있었다면, 병이 을을 진정한 소유자로 믿은 데 과실이 있다 할 수 없다고 보아 병의 登記簿取得時效를 인정하였다⁵²⁾.

9. 立法論

豫告登記는 제 1심법원의 囑託에 의하거나 登記公務員이 직권으로 抹消하는 방법이 있다. 그런데 受訴法院이 豫告登記의 抹消囑託을 하지 아니한 채 관계기록이 멸실되어 사실상 豫告登記의 抹消가 불가능하게 된 경우는 법원재판 사무처리규칙(1993. 12. 28, 대법원 규칙 제 1276호)의 개정(1998. 6. 20)으로 제 29조에 따라 민사사건의 判決 원본은 영구보존하도록 되어 있어 그러한 경우가 많이 줄어들게 되었다. 그러나 민사사건에 관하여 각 심급에서의 재판의 원본은 10년간 보존하도록 되어 있어 문제의 소지는 있다. 따라서 이러한 경우에는 당사자의 청구에 의하여 豫告登記를 말소할 수 있도록 하여야 할 것이다.그러나

52) 대판 1992. 1. 21, 91 다 36918.

대법원은 豫告登記 후 당해 不動產의 所有權을 취득한 제 3자에게 豫告登記의 抹消청구권이 있다고 할 수 없음은 물론 豫告登記의 원인이 된 소를 제기한 자가 그 抹消登記節次를 이행하여야 할 등기의무자의 지위에 있지도 아니하다 할 것이므로, 본건 豫告登記 후에 사건 不動產의 所有權을 취득한 原告가 그 豫告登記의 기본이 된 소를 제기한 被告를 상대로 豫告登記의 抹消를 구하는 소는 부적법한 소로서 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당함이 명백하여 이를 각하하여야 할 것이다⁵³⁾라고 한다.

또한 登記의 抹消 또는 回復을 구하는 소송을 제기하기 전에 등기 명의자가 재빨리 당해 不動產을 제 3자에게 처분하면 진정한 권리자는 자신의 권리를 확보할 수 없게 된다. 또한 소송을 제기하면서 보전처분을 신청하지 않아도 역시 동일한 결과가 나올 수 있다. 따라서 豫告登記가 있는 후에 거래한 제 3자는 악의로 간주하고, 나아가 豫告登記제도의 기능을 충실하게 발휘하고, 진정한 권리자도 보호하기 위하여 不動產登記法 제 4조 단서를 삭제하여 민법 제 107조 내지 제 110조의 규정에 의하여 선의의 제 3자가 보호되는 경우에도 利害關係人이 豫告登記를 신청할 수 있도록 하자는 見解⁵⁴⁾가 있다. 전적으로 타당하다고 생각한다.

53) 대판 1974. 5. 28, 74 다 150.

54) 郭潤直, 前掲論文, 76.