

부동산물권의 등기를 통한 공시와 제3자 보호 - 등기의 공신력 제고를 중심으로 -*

Public announcement and third party protection
through the registration of immovables real right:
Focusing on improving the public confidence in registration

이동선** · 김대경***
Lee, Dong-Sun · Kim, Dae-Kyung

목 차

- I. 들어가며
- II. 부동산등기제도와 공신력
- III. 민법상 등기와 제3자 보호
- IV. 민사특별법상 등기와 제3자 보호
- V. 나오며

국문초록

부동산 거래는 물권변동을 수반하고, 물권의 배타적 특성과 교환가치의 중대성 때문에 등기라는 공시방법을 통하여 외부적으로 알리는 표상을 갖추어야 제3자의 예측하지 못한 손해를 방지하고, 거래의 안전을 도모할 수 있다. 그러나 공시제도는 현실적인 여건과 국가별 입법정책에 의해 거래의 안전과 진실한 권리자 보호라

논문접수일 : 2020. 11. 02.

심사완료일 : 2020. 12. 02.

게재확정일 : 2020. 12. 02.

* 이 논문은 2020학년도 제주대학교 교육·연구 및 학생지도비 지원에 의해서 연구되었음.

** 제주대학교 일반대학원 법학박사과정(주저자)

*** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 부교수(교신저자)

는 관점에서 한계성이 존재할 수밖에 없고, 우리 민법은 과거 의사주의에서 형식주의로 전환하면서 거래의 안전과 진실한 권리자 보호를 절충한 이후 지금까지 등기에 공신력을 인정하지 않고 있어, 제3자 보호 문제가 지속적으로 제기되어 왔다.

이와 관련하여 민법에서는 통정허위표시와 선의의 제3자 보호(제108조 제2항), 계약해제시의 제3자 보호(제548조 제1항) 등에서 공신력 부재를 보완하고 있으며, 민사특별법인 ‘부동산실권리자명의 등기에 관한 법률’에서는 명의신탁약정과 제3자 보호(제4조)문제, 그리고 ‘가등기담보 등에 관한 법률’에서는 채무자 등의 말소등기청구권과 제3자 보호(제11조) 등 일부 예외규정을 두고 제3자 보호를 시도하고 있다. 그러나 이는 학설과 판례에 따라 해석과 입장을 달리하거나 선·악의에 따라 해석도 차이가 있으므로 혼란스럽기도 하고, 공신력을 바탕으로 한 형식주의에 입각한 제3자 보호라는 측면에서는 충분하지도 않으며, 그러한 예외규정이 사실상으로 등기의 공신력을 인정하는 결과를 초래하고 있을 뿐이다.

등기의 공신력은 추정력과 비교할 수 없을 만큼 이해관계가 있는 제3자나 거래 안전에 미치는 영향이 크기 때문에 우리 민법의 예외규정과 같은 소극적인 제3자 보호에서 벗어나야 하고, 학설과 판례 등의 해석론에 의존하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 더욱이 등기의 전산화 수준이나 정보화, 경제화 등 시대적 변화에 걸 맞는 실질적인 제3자 보호를 위해서도 형식주의에 부합하는 공신력 부여를 통한 적극적인 거래안전을 도모할 필요가 있다. 동시에 등기의 공신력을 부여로 인한 진정한 권리자 보호는 독일의 등기실질심사권, 정정등기청구권, 이의등기 및 중국의 인터넷 계약등기 등이 좋은 사례가 될 수 있으므로 이를 적극 검토할 필요가 있다고 본다.

주제어 : 부동산물권변동, 공시제도, 제3자 보호, 형식주의, 등기의 공신력, 등기실질심사권

1. 들어가며

우리는 사회생활을 영위하면서 사적자치의 원칙에 따라 수많은 법률행위를 하게 되며, 특히 부동산거래에 있어서는 물권적 합의의 실질적 요소와 이에 대한 공시방

법으로 등기의 절차적 요소를 통해 완성된다. 이러한 등기제도는 부동산물권변동의 공시방법으로 기능하지만, 역사적인 흐름과 다른 법제도 나아가 다양한 현실적 여건을 고려하여 국가별로 입법정책적 필요에 부응하기 위해 달리 이용되고 있다.

공시제도는 진실한 권리자에 대한 보호와 거래의 안전이라는 측면에서 내재적 한계성을 갖게 되는데, 우리나라는 과거 의사주의에서 형식주의로 전환하면서 거래의 안전을 우선하는 완전한 형식주의 보다는 진정한 권리자도 보호할 수 있는 다소 절충적인 입장이었던 것으로 판단된다.¹⁾ ‘등기’라는 공시제도는 매우 중요한 절차적 요소임에도 우리의 등기법은 공동신청주의와 형식적 심사주의를 채택하여, 동산물권변동의 공시방법인 점유와는 달리 공시의 원칙만을 내세움으로써 국가가 관장하고 있는 등기의 공신력을 인정하지 않는 문제가 제기되어 왔다.²⁾ 물권변동에 관한 형식주의에서는 원칙적으로 등기의 공신력이 부여되어 제3자는 이를 신뢰하고 안전하게 거래할 수 있는데, 우리는 이와 달리 등기관에게 실질적 심사권이 없고 부실등기의 우려가 상존한다는 점에서 공신력을 부정하여 거래 상대방 및 제3자 보호에 미흡하다는 지적이 있었다.³⁾

민법은 개별 조항에서 거래안전을 위한 제3자 보호규정을 두고 공신의 원칙이 부정됨에 따른 보완을 시도하고 있으나, 현행 등기제도상 등기의 추정력으로 인한 다툼의 소지가 존재하여 반증으로 언제든지 소를 제기할 수 있고, 선의의 제3자가 부동산의 소유권을 상실하는 등 거래의 안전을 해치는 결과가 나타날 수 있으므로 상대방 및 거래안전의 보호에 보다 깊은 관심을 가질 필요가 있다고 생각된다. 근래 들어 등기에 공신력을 인정해야 한다는 학자들의 연구와 함께 등기제도의 전산화를 국가정책으로 추진하여 제도적으로 마련·정착단계⁴⁾에 있

1) 송덕수, 「신민법강의」(제13판), 박영사, 2020, 366면; 김준호, 「민법강의」(제26판), 법문사, 2020, 1356면; 지원립, 「민법강의」(제16판), 홍문사, 2019, 458면; 송영곤, 「기본 민법강의(1)」(제10판), 유스타이누스, 2015, 539면; 윤철홍, “부동산등기와 공시”, 「민사법학」 제36호, 한국민사법학회, 2007, 198면.

2) 송덕수, 전게서, 361면; 박종두, 「물권법」(제6판), 2014, 129-131면; 윤철홍, 전계논문, 198면.

3) 송덕수, 전게서, 360면; 김준호, 전게서, 1356면; 박종두, 전게서, 129면.

4) 김상목·윤성호, “부동산 등기 전산화 제도의 활성화 방안”, 「법학연구」 제31호, 한국법학회, 2008, 197면; 윤성호·김문성, “부동산등기 전산업무의 문제점과 개선방안”, 「한국컴퓨터정보학회논문지」 제21권 제1호, 한국컴퓨터정보학회, 2016, 162-165면. 사견으로는 인터넷등기소, 전자신청제도와 온라인 신청의 사용자 사전등록 등은 공동신청주의에서 진일보한 등기제도도 여겨진다.

으므로 등기에 대한 공신력 부여를 통해 상대방 및 거래안전에 보다 만전을 기할 필요가 있다는 견해 등도 제기되고 있다.⁵⁾

본고에서는 부동산물권변동에 관한 공시방법인 등기와 제3자 보호에 관한 선행연구⁶⁾와 다소 궤를 달리하여, 제3자 보호에 대한 법리해석 이외에 등기 자체에 공신력을 부여하는 방안을 진정한 권리자와 제3자 보호의 이해조절의 관점에서 모색해 보고자 한다. 이를 위해 민법과 민사특별법의 제3자 보호 관련 규정들을 비교·검토하여 등기의 공신력 제고를 통한 실질적 거래안전의 제고방안을 모색하되, 민법에서는 통정허위표시(제108조), 계약해제(제548조) 등에서 등기와 제3자의 보호문제를, 민사특별법에서는 ‘부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’)'에서 명의수탁자와 거래한 제3자 보호(제4조), ‘가등기담보 등에 관한 법률(이하 ‘가등기담보법’)' 제11조의 청산절차 전의 제3자 보호 등으로 그 범위를 제한하여⁷⁾ 검토하고자 한다.

II. 부동산등기제도와 공신력

1. 부동산등기와 공신력

가. 부동산 공시제도와 거래의 안전

물권변동은 물권의 배타적 특성과 교환가치의 중대성으로 인하여 제3자가 그 물권의 존부와 변동 상황을 쉽게 알 수 있도록 외부적으로 알리는 표상을 갖추

5) 윤진수, “물권행위개념에 대한 새로운 접근”, 「민사법학」 제28호, 한국민사법학회, 2005, 27면; 윤철홍, 전계논문, 200면.

6) 김판기, “부동산등기의 공신력 인정에 관한 실천적 재론”, 「고시계」 53(10), 고시계사, 2008.10; 김명엽, “부동산등기의 공신력과 진정성 확보에 대한 연구”, 「일감법학」 제30호, 건국대학교 법학연구소, 2015.2; 김지원, “부동산등기의 공신력-독일법을 중심으로-”, 「이화여자대학교 법학논집」 제16권 제2호, 2011.2; 윤철홍, “독일 민법상 부동산등기의 공신력에 관한 소고”, 「토지법학」 34(1), 한국토지법학회, 2018.7; 윤성호·김문성, 전계논문 참조.

7) 그 외에 민법 제107조 제2항, 제109조의 제2항 및 제110조 제3항에 따른 법률행위의 취소와 제3자 보호 역시 거래안전과 상대방의 신뢰보호 차원에서 마련된 규정이라는 점에서 동일성이 인정된다고 할 것이다. 同旨 김준호, 전게서, 236-265면.

어야 한다.⁸⁾ 이를 공시제도⁹⁾라 하며, 특히 부동산은 교환가치가 크므로 공시를 통하여 제3자가 예측하지 못한 손해를 방지하고, 나아가 거래의 안전이 보호될 수 있어야 하는 것이다. 물권변동과 관련하여 민법은 ‘법률행위로 인한 물권의 득실·변경은 등기하여야 효력이 생긴다(제186조).’라고 규정하고 있으므로, 등기는 부동산에 있어서 물권변동의 공시제도이며 궁극적으로 제3자의 보호와 거래의 안전을 위해 중요한 공시방법이 되는 것이다. 이와 같이 부동산의 공시제도로서 등기의 본질은 제3자 보호를 통한 거래의 안전을 도모하는 것이라 할 수 있고, 이를 위하여 등기된 권리자가 진실한 권리자가 아니더라도 이를 믿고 거래한 제3자는 정당하게 권리를 취득할 수 있는 공신력이 부여되어야 하나, 우리 민법은 현실적인 여건 등을 이유로 부동산등기법상 등기에 공신력을 인정하지 않고 있다.¹⁰⁾

나. 공신력 인정여부에 관한 논의

이러한 부동산등기의 공신력 인정여부에 관해서는 민법 원안 제177조에 대한 국회 본회의 과정에서도 심각하게 논의되었는데,¹¹⁾ 다만 종전 의사주의를 취하던 입장¹²⁾에서 형식주의로 전환¹³⁾하면서 부동산의 등기를 효력발생요건으로 정하고, 당시 등기부의 실태나 등기소 등의 예산 등 현실적인 점을 감안할 때 시기상조로 판단¹⁴⁾하여, 독일의 형식주의에 프랑스의 의사주의를 절충¹⁵⁾하여 형식주의를 택

8) 박종두, 전게서, 126면.

9) 박종두, 전게서, 127면. 물권변동의 공시방법으로 ‘부동산은 등기’를, ‘동산은 점유’를 그 공시방법으로 하고, 수목의 집단과 미분리 과실인 지상물은 ‘명인방법’으로, 일정 수목은 ‘입목등기부’에 의해 각각 다른 방법으로 공시된다.

10) 윤철홍, 전계논문(註1), 198면; 송덕수, 전게서, 359면; 송영근, 「기본민법강의(1)」(제10판), 유스티니아누스, 2015, 540면; 지원림, 전게서, 455면; 강태성, 전게서, 86면.

11) 김판기, 전계논문, 8면 재인용. ‘제26회 국회본회의 제1독회(1957.11.6), 제2독회(1957.11.26.) 과정에서 부동산등기의 공신력 인정여부에 대하여 찬반양론이 대립하였다.’

12) 김용진, “민법 제186, 187조는 개정되어야 한다.”, 「법전일보」 19, 현암사, 1966.2월호, 631면; 구민법에 의하면 ‘물권의 설정 및 이전은 당사자의 의사표시만으로써 그 효력이 생긴다(제176조).’라고 규정되어 있었으나, 현행 민법은 ‘부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다(제186조).’라고 규정되었다.

13) 김준호, 전게서, 1356면; 김용진, 전계논문, 631면.

하면서도 등기의 공신력은 인정하지 않았던 것으로 보인다. 이로 인하여 부동산 등기를 신뢰하여 거래한 당사자와 제3자를 보호하는 데는 다소 불완전한 공시제도가 되었다고 여겨진다. 민법은 부동산의 물권변동에 대하여 형식주의를 채택하고 있는데, 형식주의에 입각한 등기는 대외적으로 공신력이 부여되어야 이를 믿고 거래한 선의의 제3자가 보호받을 수 있고, 거래의 안전도 도모할 수 있게 된다.¹⁶⁾ 비록 우리 민법상 등기에 대하여 공신력을 부정한다는 명문의 규정은 없지만, 절차법인 부동산등기법에서 등기관이 실질적인 심사권이 없는 형식적 심사주의를 채택하고 있으며, 당사자의 공동신청주의, 등기부와 부동산 공적 대장의 이원화 등을 고려할 때 해석론에 의하여 등기의 추정력만을 인정하고 있으므로 공신력이 배제되었다고 보는 것이며,¹⁷⁾ 판례도 공신력을 인정하지 않는 입장이다.¹⁸⁾

다. 제3자 보호와 거래안전

그러나 앞에서 언급한 거래의 안전이라는 공시제도의 본질상 제3자 보호와

-
- 14) 김판기, 전제논문, 8면 재인용. ‘제26회 국회정기회의속기록 제30호에서 현석호 의원은 ‘우리나라의 현실로 보아서는 공신력을 인정할 수 있는 상황이 아니다.’, ‘우리나라의 현실로는 (중략) 공신력의 인정은 (중략) 재정상의 입장에서 (중략) 상당히 시행하기 어려운 제도이다.’; 장경근 의원은 ‘우리나라에서의 등기관은 형식적 심사권 밖에 없어 공신력을 인정하는 것은 불가능하다.’
- 15) 박종두, 전제서, 98면; 윤철홍, 전제논문(註1), 198면; 조민석, “부동산 소유권 이전에 있어서 물권행위의 필요성 재검토”, 「토지법학」 제29권 제2호, 한국토지법학회, 2013.12, 319-320면에서 현행 민법 제186조의 기초이유에 대하여 민법전편찬위원회 김병로 원장은 “우리 민법은 형식주의를 취하는 동시에 (중략) 아주 원인이 없는 당사자에 대해서 전연히 효력이 없는 이런 경우에는 아무리 형식주의라도 공신력을 주지 아니한다. 이런 즉, 절충적 의미가 이 속에 담겨 있습니다. 그래서 불란서주의 즉, 일본의 민법이나 또는 독일의 절대적 형식주의나 그 보다 오히려 우수하다고 혼자 믿기 때문에 이 법안이 그와 같이 편찬을 하게 된 것입니다.”라고 한다(국회속기록 제26호-제30회, 5-6면).
- 16) 김판기, 전제논문, 6면.
- 17) 윤철홍, 전제논문(註1), 198면; 김지원, 전제논문, 131면; 등기신청시 등기표제부와 대장의 부동산 표시가 불일치하면 각하사유가 되며(등기법 제29조 제11호), 궁극적으로 이원화의 제도를 일본과 같이 일원화하는 것이 필요하다. 최문기, 「부동산등기의 이해」, 신지서원, 2015, 36면.
- 18) 대법원 2013.11.21. 선고, 2011두1917 판결; 대법원 2009.7.16. 선고, 2007다15172 판결; 대법원 2005.11.10. 선고, 2005다34667 판결; 대법원 2000.3.16. 선고, 97다37661 판결; 대법원 1995.11.21. 선고, 94다20532 판결 등.

관련하여 민법에서는 일정한 요건에 따른 법률행위와 그 효과를 선의의 제3자에게 주장할 수 없도록 하는 대항금지규정인 보호규정을 두어 사실상 공신력을 인정하는 결과를 얻고 있다.¹⁹⁾ 예를 들면, 민법 제108조 제2항의 통정허위표시에 따른 무효의 경우에도 절대적 무효에 대한 소급효를 제한하여 선의의 제3자를 보호하는 것이나 제548조 제1항에 따른 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐만 아니라 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자를 보호하려는 것²⁰⁾이 그것이다. 또한 민사특별법인 부동산실명법 제4조에서 명의신탁약정과 그로 인한 물권변동의 무효와 제3자 보호 및 가등기담보법 제11조에서도 유사하게 제3자 보호 입장을 취하고 있어 비록 각 법률의 입법취지에 따른 보호법익에서 다소 차이가 존재한다고 할 수 있지만, 결과에서 등기에 공신력을 부여한 것으로 평가될 수 있다. 이에 대한 구체적인 내용은 (Ⅲ)에서 후술하기로 한다.

이러한 규정들은 해당 조항의 효력을 일부 제한하거나 공신력 보안을 위한 예외규정²¹⁾으로서 적어도 선의의 제3자는 보호가 되므로 등기의 공신력 부여에는 보다 신중해야 한다는 견해²²⁾도 있다. 그러나 예외규정으로서의 제3자 보호는 실질적이고 완전한 거래안전을 도모하지 못한다는 내재적 한계가 존재한다는 비판²³⁾이 있어 왔고, 형식주의에 적합하게 부동산등기의 공신력을 부여하는 제도적인 보호장치를 통하여 보다 두텁게 거래의 안전을 도모할 필요성이 제기되는 등 산업화, 정보화, 경제화에 부합하는 시대적인 변화의 요구가 지속적으로 제기되고 있다. 과거에는 부동산의 거래 자체가 상대적으로 빈번하지 않았거

19) 김지원, 전제논문, 133면; 박종두, 전제서, 132면. ‘등기에 공신력이 없는 것에 관련하여 그 보충책으로 먼저 부실등기로 침해받은 진정한 권리자에 그 보상을 위한 적급금제도 및 등기에 공신력을 확보하기 위한 전제로서 등기원인의 공증제도 등이 논의된 바 있다.’

20) 대법원 2003.1.24. 선고, 2000다22850 판결.

21) 강태성, 전제서, 87면; 김준호, 전제서, 241면; 김기수, “민법 제186조의 적용한계”, 『고시계』 32(11), 고시계사, 1987, 115면; 김동훈, “계약해제와 제3자의 보호”, 『고시연구』 27(11), 고시연구사, 2000, 45면; 정옥태, “물권행위의 무인론”, 『고시연구』 18(8), 고시연구사, 1991, 120면.

22) 김준호, 전제서, 1356-1357면; 지원림, 전제서, 456면.

23) 김명엽, “부동산등기의 공신력과 진정성 확보에 대한 연구”, 『일감법학』 제30호, 건국대학교 법학연구소, 2015.2, 86면; 대법원 2009.7.16. 선고, 2007다15172 판결; 대법원 2000.3.16. 선고, 97다37661 판결.

나 다소 지역성을 띠고 있었으므로 거래의 안전보다는 진실한 권리자의 보호에 치중 하였다면,²⁴⁾ 현재는 부동산 거래가 전국적이고 빈번하여 도저히 수작업으로는 쫓아 갈 수 없을 정도이고, 등기업무나 제도 역시 전산화가 완성단계에 있으므로 등기의 공신력 제고를 통하여 실질적인 거래의 안전을 도모할 명분은 종전에 비할 바가 아니라고 할 것이다.²⁵⁾

2. 외국의 입법례

가. 독일

독일은 거래의 안전을 위한 부동산등기부의 공신력을 명문화하고 있는데, 처음부터 등기의 공신력을 인정하지는 않았다.²⁶⁾ 그럼에도 불구하고 등기의 공신력을 명문으로 규정하고 있고, 이로 인하여 희생당할 수 있는 진정한 권리자의 보호장치도 마련하고 있어 세계적으로 가장 우수한 부동산등기제도로 평가되고 있다.²⁷⁾ 이는 부동산등기의 권리자와 실제적 권리관계가 부합한다는 데서 나오는 자신감의 발로이기도 하나, 그 오랜 역사와 체계적 논의 과정의 결과로 볼 수도 있을 것이다. 다만 여기서는 그 역사적 배경과 변천에 대하여는 논외로 하고, 주로 현행 독일민법(BGB)에서 규정하고 있는 거래의 안전과 등기의 공신력에 초점을 두고 살펴보기로 한다.

(1) 등기의 추정력(§ 891 BGB)과 공신력(§ 892 BGB) 인정

24) 강태성, 전제서, 131면; 김지원, 전제논문, 118면; 윤철홍, 전제논문(註6), 214면. 한편, 법무부 산하 민법개정위원회에서 부동산등기의 공신력에 대하여 “실체권리관계와 등기부 일치에 막대한 예산소요, 부동산 등기의 공신력 인정을 위해서는 원인증서의 공증, 진정한 소유자보호의 제도 마련, 공증제도의 정비 등 비용과 이익을 비교할 때 공신력인정의 이익이 크지 않다는 이유로 개정작업에서 제외하였다.”

25) 대법원 인터넷등기소의 최근 5년간(2015년-2019년) 통계상으로 연평균 17,550,198건이며, 2015년에는 20,276,871건에 달하기도 하였다(인터넷등기소, 등기정보광장, 등기현황, <https://data.iros.go.kr>, 2020.11.26 기준).

26) 김지원, 전제논문, 119-122면 참조.

27) 윤철홍, 전제논문(註6), 179-181면.

독일민법은 제891조(Gesetzliche Vermutung)에서 부동산등기부에 등기된 권리의 법률상 추정력을 인정하여 소송과 같이 권리의 존부에 대한 입증책임의 소재를 결정하기도 하고, 부동산 물권의 거래나 부동산등기 절차에서 발생하는 문제를 해소하고 있다. 그리고 제892조(Öffentlicher Glaube des Grundbuchs) 제1항에서는 ‘부동산물권 또는 그러한 권리에 대한 권리를 법률행위에 의해 취득한 사람을 위한 부동산등기의 내용은 정당한 것으로 본다. 그러나 그 정함에 대해 이의가 등기되어 있거나 취득자가 그 정당하지 아니함을 알았을 경우에는 그러하지 아니하다.’라고 규정하여 부동산등기의 공신력 인정과 함께 거래의 안전을 도모하고 있다.²⁸⁾ 그러나 부동산등기의 공신력은 법률행위에 의한 경우로써 포괄승계, 상속, 회사의 합병 등 단순한 사실관계에 관하여는 인정되지 않고,²⁹⁾ 취득자가 제3자이고 선의이어야 하며, 이의등기가 없어야 한다.

(2) 부동산등기법의 실체적·절차적 양분

독일의 부동산등기법은 민법에서 규정하고 있는 물권변동에 관한 내용들을 주로 하는 실체적 부동산등기법(materielles Grundbuchrecht)과 등기절차에 관한 구체적 내용을 규정하고 있는 부동산등기법과 동법 시행령 중심의 절차적 혹은 형식적 부동산등기법(formelles Grundbuchrecht)으로 양분하여,³⁰⁾ 등기의 성립요건과 효력 등에 관하여는 민법에서, 구체적인 등기절차에 관해서는 부동산등기법 등 특별법에서 규정하여 등기의 효율성 제고와 거래의 안전을 보장하고 있다. 이러한 부동산등기의 공신력으로 인하여 자칫 진정한 권리자의 권리침해가 발생할 수 있으므로 선의취득 전에는 정정등기청구권과 이의등기, 선의취득 후에는 국가배상제도 등으로 진정한 권리자에 대한 보호조치도 마련하고 있다.

(3) 소유권 이전합의(Auflassung)·물권적 합의(Einigung), 공정증서(notarielle Beurkunde) 등

독일민법 제873조(Erwerb durch Einigung und Eintragung)에 따라 부동산물

28) 강태성, 전계서, 132면; 윤철홍, 전계논문(註6), 181면; 김지원, 전계논문, 123면.

29) 윤철홍, 전계논문(註6), 199면.

30) 윤철홍, 전계논문(註6), 181-189면 참조.

권변동이 효력을 갖기 위해서는 당사자들 사이의 물건적 합의(Einigung)와 등기(Eintragung)가 요구되며, 등기담당공무원은 등기서류와 절차에서 실질적 심사권을 가지며 등기신청의 적법성을 실질적으로 판단하고 있다. 또한 부동산소유권이전합의(Auflassung) 및 지상권 설정과 일반적인 물건적 합의를 구분³¹⁾하며, 특히 소유권이전합의의 경우, 부동산등기의 진정성 보장을 위해 실질적 심사와 함께 양도 또는 취득을 위한 원인행위인 채권계약을 공정증서(notarielle Beurkunde)로 작성·제출토록하고, 양당사자가 공증인 앞에서 소유권이전합의를 하여, 그 공정증서로 등기공무원에게 입증토록 하고 있다.³²⁾ 물론 이러한 부동산물권의 처분은 처분권한이 있는 자에 의해서 이루어져야 한다.

(4) 등기의 단독신청주의와 등기의무자의 동의원칙

등기의 신청은 공동신청주의인 우리나라와 달리 단독신청주의가 원칙이며, 다만 등기의무자의 합의가 있어야 하는데,³³⁾ 등기의무자가 등기승낙서를 교부하는 방식으로 대체할 수 있도록 하여 절차의 신속을 기하고 있다. 등기승낙서는 ‘형식적 합의의 원칙’(formelles Konsensprinzip)으로 독일민법 제873조의 ‘실질적인 합의’(materielles Konsensprinzip)와는 다르다.

(5) 진정한 권리자 보호

상술한 바와 같이 부동산의 공신력과 거래안전을 보장하는 경우 진정한 권리자의 희생은 불가피하므로 정정등기청구권(§ 894), 이의등기(§ 894) 및 국가손해배상제도(§ 839 Abs. 1)와 같은 진정한 권리자의 보호방법도 규정하고 있다.³⁴⁾ 정정등기청구권(§ 894)이란 정당하지 못한 권리가 등기되어 자신의 권리가 침해 또는 불이익을 받고 있는 사람은 그 부당한 등기에 대하여 부동산등기부의 정정을 청구할 수 있게 하는 것이고,³⁵⁾ 이의등기(§ 894)는 등기가 정당하지 못

31) 윤철홍, 전계논문(註6), 187-188면. 소유권이전합의에 대해서는 실질적 심사를, 그 밖의 물건적 합의에 대해서는 형식적 심사를 하고 있다. 그 밖의 물건적 합의는 자유롭게 무방식으로 하나 공정증서인 등기승낙서는 필수적으로 요구된다.

32) 김명엽, 전계논문, 94면.

33) 윤철홍, 전계논문(註6), 188-189면.

34) 윤철홍, 전계논문(註6), 206-217면.

하여 등기의 정정을 하는 동안 부동산의 공신력을 일정기간 동안 배제하는 특별한 잠정적인 등기이며, 정정등기의무자의 동의나 법원의 가처분에 의해서 이루어진다(§ 899). 이의등기는 등기와 동시에 효력을 발생하나, 등기의 권리추정력(§ 891)을 배제하거나 등기의 부당성을 제거하는 것은 아니다. 또한 국가 손해배상제도(§ 839 Abs. 1)란 독일 민법 제839조 제1항에서 부동산등기 담당 공무원이 등기과정에서 고의·과실로 제3자에게 손해를 발생시킨 경우에 국가가 배상토록 하고 있으며, 그 등기공무원에게 중대한 과실이 인정되는 경우에는 구상권도 행사할 수 있다. 다만, 등기공무원의 책임과 무관하게 부실등기로 인하여 발생한 손해에 대하여는 국가가 책임지지 않는다.³⁶⁾

나. 프랑스

프랑스 민법은 의사주의에 입각하여 별도의 물권행위 개념이 없고, 등기 이전에 당사자의 의사표시에 의하여 물권변동도 이루어지므로 소유권은 채권의 효력에 의하여 취득되고 이전된다. 따라서 부동산물권변동의 공시로서 등기는 제3자에 대한 효력만 인정되고, 당사자의 계약에 대하여 정확하게 공시하는 기능을 하므로 공신력은 인정되지 않는다. 그러나 부동산소유권 이전의 계약은 반드시 공정증서로 작성하여 등기원인증서에 대해서 공증인의 공증을 받도록 하고 있고, 거래 성립시 가계약 체결 후 약 3개월간에 걸쳐 계약내용의 적법성과 유효성, 목적물의 동일성, 각종의 제한사항 등에 대하여 공증인이 철저한 조사를 하여 이상이 없는 경우에만 매매계약이 체결되므로 공증인이 등기의 진정성을 담보하고 있다.³⁷⁾

35) 윤철홍, 전계논문(註6), 193-195면. 독일의 부동산실무에서 등기원인 증서인 토지소유권이전합의나 등기승낙서에 대한 공정증서 작성과 공증을 요구하므로 '부당한 등기'는 거의 발생하지 않으며, 등기의 공신력도 물권상실의 위험 때문에 거래 당사자와 등기 담당공무원이 철저하게 주의하게 되므로 판례상 등기의 공신력이 문제가 되는 경우가 거의 발생하지 않는다.

36) 윤철홍, 전계논문(註6), 218면.

37) 김명엽, 전계논문, 94-95면; 김상철·양은상, "부동산등기제도의 개선방안에 관한 연구", 「사법정책연구원 연구총서」 2015-04, 대법원사법정책연구원, 2015.5, 87면.

다. 일본 및 중국

우선 일본은 프랑스 제도에 영향을 받아 등기에 공신력을 부여하는 규정은 없으나, 등기신청시 물권변동의 존재를 확인할 수 있는 구체적 정보가 담긴 등기원인증명서류(일본 부동산등기법 제61조)를 제출토록 하여, 등기부의 부속서류로 보존하면서 복사·열람을 통한 공시기능의 충실화를 기하고 있으며, 등기관이나 사법서사에 의한 엄격한 본인확인을 통하여 등기신청의 적정성을 확보하고 있다. 이는 전술한 프랑스와는 달리 등기원인증서 공증제도를 채택하지 않은 상태에서 등기의 진정성 확보에 중점을 둔 조치로 판단된다.³⁸⁾

한편, 중국은 시장경제가 발전하면서 부동산 거래가 빈번해지고 있는데, 특정 부동산에 대한 매매계약 체결 후 부동산을 인도받을 때까지 많은 시간이 필요하므로 거래의 안전을 위하여 상품부동산³⁹⁾을 예매할 경우, 1994년에 제정된 「도시부동산관리법」에 따라 부동산 예매계약서가 있어야만 소유권이전등기를 할 수 있도록 하는 ‘부동산 예매계약서 등기제도’를 운영하고 있다. 행정상으로 부동산거래의 감독과 이중매매를 방지하여 부동산 매수인을 보호하면서 거래의 안전을 도모하고 부동산거래계약의 목적을 최대한 실현토록 하고 있는데,⁴⁰⁾ 실무적으로 등기의 우선권은 있으나 예매계약으로 인하여 물권변동의 효력은 인정되지 않는다. 그리고 이미 완공된 신축 부동산이나 기존 부동산매매와 관련하여, 부동산거래의 쌍방이 부동산 매매계약을 체결하면 ‘인터넷 계약서’를 등기토록 하여 인터넷계약번호 부여와 공시를 통하여 이중매매방지와 거래의 투명성을 기하고, 독일과 같이 등기부에 잘못된 등기가 있을 경우 이해관계인은 ‘이의등기’를 신청하여 등기의 공신력 중

38) 김명엽, 전계논문, 95-96면; 김상철·양은상, 전계서, 90-104면. 참고로 미국은 부동산거래시 매매계약이 체결되면 권원보험회사나 에스크로우(escrow) 대리인에 의해 권원조사가 실시되고, 그 후에 매도인은 매수인에게 날인증서(deed)를 인도하고 매수인은 매매대금을 지급한다. 등록소는 당사자의 날인증서의 제출과 편철, 색인만을 작성하여 보관하는 레코딩시스템(recording system)으로, 영국·호주 등에서는 서면의 매매계약에 의해 등기공무원이 철저한 권원조사를 하여 권원자체를 등기부에 등기하고 권원에 관한 제한 등을 적극적으로 표시함으로써 확정적 효력이 주어지는 토렌스시스템(Torrens system)으로 등기의 진정성을 확보한다.

39) 최려향·배성호, ‘중국 부동산 등기 공시의 진정성 확보를 위한 제도에 관한 연구’, 「재산법연구」 제36권 제1호, 한국재산법학회, 2019.5, 324면. 상품부동산이란 정부의 허가에 따라 건설사에서 개발하여 정부정책의 규제를 받지 않고 자유롭게 매매할 수 있는 부동산을 말한다.

40) 최려향·배성호, 전계논문, 327면.

단으로 진정한 권리자 보호와 거래의 투명성을 제고토록 함으로써 간접적으로 제3자를 보호하는 기능을 하도록 하고 있다.⁴¹⁾

라. 시사점

부동산 물건변동의 형식주의를 채택하면서도 등기의 공신력을 인정하지 않는 우리의 경우, 등기의 공신력 인정에 따른 진정한 권리자 보호를 위한 독일의 정정등기청구권, 이의등기 등은 공신력을 통한 동적 안정과 진정한 권리자 보호를 동시에 추구할 수 있는 좋은 방법으로 보여 지며, 중국의 ‘인터넷계약서의 등기 제도’ 사전공시의 기능도 있어 본 등기 전까지 거래의 투명성을 제고할 수 있을 것이다. 그리고 부동산소유권이전 등기원인서류의 공정증서제도는 현 제도 내에서도 등기의 진정성 확보에 많은 보탬이 될 것으로 본다.

III. 민법상 등기와 제3자 보호

1. 통정허위표시와 제3자 보호(제108조)

가. 통정허위표시의 무효

민법은 제108조 제1항에서 통정에 의한 허위표시를 무효로 하고 있으며, 이 때 무효의 소급효로 인하여 당사자 사이는 물론이고 제3자가 유효를 주장하여도 언제나 무효가 된다. 그러나 제2항에서의 무효는 ‘선의의 제3자에게 대항하지 못한다.’라고 규정하여⁴²⁾ 선의취득이 인정되지 않는 부동산거래에서도 선의의 제3자만

41) 최러향·배성호, 전제논문, 337-338면.

42) 대법원 2004.5.28. 선고, 2003다70041 판결; 대법원 2006.3.10. 선고, 2002다1321 판결. 여기서 선의는 선행행위가 허위표시임을 알지 못하는 것으로 제3자는 선의이면 족하고 무과실을 요하지는 않는다. 제3자는 특별한 사정이 없는 한 선의로 추정되므로, 허위표시를 한 부동산 양도인이 제3자에 대하여 소유권을 주장하려면 제3자가 악의라는 사실을 주장·증명하여야 한다.

은 보호받을 수 있도록 함으로써 사실상 공신의 원칙을 예외적으로 인정하는 효과를 규정하고 있다.⁴³⁾

나. 제3자의 의미 및 판례의 태도

일반적으로 제3자는 계약의 당사자와 그 포괄승계인 이외의 자를 의미하는 것으로, 위 제108조 제2항에서의 제3자는 허위표시를 기초로 형성된 법률관계를 토대로 실질적으로 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자를 말한다. 판례 또한 동법에서 언급된 제3자를 대체적으로, ‘당사자와 그 포괄승계인 이외의 자 가운데 허위표시에 의하여 외형상 법률관계를 기초로 하여 새로운 법률상 이해관계를 맺은 자’ 또는 ‘실질적으로 법률상 이해관계를 맺은 자’를 의미하는 것으로 새기고 있다.⁴⁴⁾

판례에 따르면 가장매매의 매수인으로 부터 부동산을 매수하여 가등기나 소유권이전등기를 한 자 또는 그 부동산에 저당권설정등기를 하거나 부동산을 압류한 자, 가장의 저당권설정등기에 기한 저당권의 실행에 의해 부동산을 경락받은 자,⁴⁵⁾ 가장소비대차에 기한 채권의 양수인, 그 채권을 가압류하거나 압류한 자,⁴⁶⁾ 가장매매에 기한 대금채권의 양수인, 그 채권을 압류한 자, 임대차보증금 반환채권이 허위로 양도된 후 양수인의 채권자가 임대차보증금반환채권에 대하여 채권압류 및 추심 명령을 받은 경우,⁴⁷⁾ 가장매수인과 부동산을 매수하기로 매매계약을 체결한 자⁴⁸⁾는 제3자에 해당하는 것으로 보고 있다. 따라서 물건변

43) 송덕수, 전게서, 118면; 김준호, 「민법총칙」(제14판), 2020, 법문사, 239면; 정병호, “통정허위표시의 무효로부터 보호되는 제3자”, 「민사법학」(78), 민사법학회, 2017, 48-49면.

44) 송덕수, 전게서, 118면.

45) 대법원 1957.3.23. 선고, 4289민상580 판결.

46) 대법원 2004.5.28. 선고, 2003다70041 판결.

47) 대법원 2014.4.10. 선고, 2013다59753 판결; 김준호, 전게서(註44), 245면.

48) 이에 대해서는 매매계약만 한 경우 이는 타인권리매매에 해당하는데, 타인권리매매는 유효하므로 제108조 제2항에 의해서 보호할 대상이 존재하지 않는다고 보아 제3자성을 부정하는 견해(박승수, 「민법정리」, 에듀비, 2017, 109면)도 있는데, 사건으로는 오히려 가장매수인의 제3자에 대한 관계에서는 타인의 권리를 매매한 것이 아니라 자기의 물건을 매매한 것이 되는 점에서 제3자에 해당하는 것으로 보는 것이 동법의 입법취지를 고려할 때 보다 타당한 결론이라 생각된다.

동에 있어서 부동산 등기와 관련하여 실질적인 법률상 이해관계를 맺은 자에 대하여는 실질적인 이해관계가 있어야 하는데, 이는 후술하는 계약해제 시 보호되는 제3자와는 다르게 ‘등기를 마친 자’로 제한할 필요는 없다고 할 것이다.⁴⁹⁾ 반면, 대리인이나 대표기관이 허위표시를 한 경우에 본인이나 법인, 가장 양수인으로부터 채권추심의 채권을 양수한 자, 자신의 채권을 보전하기 위해 가장양도인의 가장양수인에 대한 권리를 대위 행사하는 채권자, 가장의 제3자를 위한 계약에서 제3자 및 일반채권자 등의 단순한 금전채권만을 가지고 있는 경우에는 제3자에 속하지 않는다.⁵⁰⁾

다. 검토 및 사건

甲이 그 소유의 부동산을 乙에게 허위로 양도하고 乙은 이러한 사실을 모르는 丙에게 그 부동산을 매도한 경우, 원칙적으로 甲과 乙의 매매행위는 민법 제108조 제1항에 따라 (乙뿐만 아니라 제3자에 대해서도)무효가 되며, 따라서 丙 또한 선의취득이 인정되는 동산과는 달리 공신의 원칙이 인정되지 않으므로 당해 부동산의 소유권을 취득하지 못하게 된다. 다만, 동법 제2항은 예외적으로 통정허위표시의 무효로 선의의 제3자에게 대항하지 못하도록 규정함으로써 허위표시의 외관을 신뢰한 제3자를 보호하고 거래안전을 도모하기 위한 취지로 이해된다. 물론 거래안전을 위한 이러한 예외규정을 부동산물권변동에 관한 등기에 공신력을 부여하는 것으로 직접 귀결시키는 것은 다소 문제의 소지가 있다고 보이는데, 왜냐하면 동법의 입법취지는 허위표시의 외관을 만든 자와 외관을 신뢰한 제3자와의 이익의 비교형량이라는 관점이 고려된 것으로 허위표시의 외관을 만든 자에 비해 제3자의 신뢰를 상대적으로 더 배려할 필요가 있는 경우에는 이를 보호하겠다는 취지로 이해되기 때문이다. 그러나 물권변동에 관한 공시의 원칙 및 공시제도를 믿고 거래한 자를 보호할 것인지의 여부, 즉 공신

49) 통정허위표시에서의 제3자와는 달리 제548조 제1항의 계약의 해제로 인한 제3자 보호에 있어서는 채권계약만으로는 보호받지 못하며, 인도 및 등기 등 완전한 권리를 취득한 자로 제한되는 것과 차이가 있다. 송덕수, 전거서, 171면 참조.

50) 대법원 1982.5.25. 선고, 80다1403 판결.

의 원칙의 인정여부는 거래상대방의 신뢰 나아가 거래안전의 보호와 진정한 권리자의 권리보호의 법익을 비교형량한 결과라는 점에서 양자는 일응 상통하는 부분이 없지 않다고 할 것이다. 이러한 측면에서 민법 제108조 제2항은 실질적으로 등기에 공신력을 부여하는 기능을 담당하는 것으로 판단된다.

2. 계약해제와 제3자 보호(제548조 제1항)

가. 계약해제의 효과

민법은 계약해제의 효과와 관련하여 원상회복의무(제548조 제1항), 동시이행의 항변권 준용(제549조), 손해배상청구와 양립(제551조) 등을 규정하고 있으나, 학설은 통설적 견해로서 소급효에 기초하는 직접효과설⁵¹⁾과 소수설인 장래효에 기초하는 청산관계설⁵²⁾로 나뉘고, 판례는 통설적 견해인 직접효과설을 견지⁵³⁾하고 있으며, 소수설인 청산관계설에 대하여는 민법에서 규정한 해제의 소급효 및 원상회복의무, 동시이행항변권 등이 불필요하게 되는 등 민법의 취지에 부합하지 않는다는 비판이 있다.⁵⁴⁾ 또한 계약의 해제에 따른 소급효와 관련하여 채권계약의 이행으로 등기를 갖추어 물권이 이전된 경우에 그 물권의 복귀가 문제가 될 수 있는데, 가령 甲이 乙에게 토지를 매도하고 약정에 의하여 소유권이전등기까지 경료하였는데, 乙이 매매대금을 지급하지 않아 甲이 매매계

51) 직접효과설은 계약을 해제하면 소급하여 계약은 효력을 상실하게 되므로, 미이행 채무는 당연히 소멸되는 것이고, 이미 이행한 채무는 부당이득의 반환의 문제가 있게 되어 현존이익 범위 내 부당이득 반환 또는 원상회복과 다투게 된다는 것이다. 이는 통설이며 판례도 같다. 송덕수, 전게서, 1131-1132면.

52) 청산관계설은 계약을 해제하면 소급하여 계약이 소멸되는 것이 아니라, 계약은 그대로 유지한 채 채무의 내용이 청산관계로 바뀌어 기존의 계약관계는 청산관계로 변경된다. 미이행 채무는 당연히 소멸되는 것이고, 이미 이행한 채무는 부당이득의 반환의 문제가 있게 된다는 것이다. 따라서 계약을 해제하더라도 계약은 존속하고, 채무의 내용만 계약 이전의 상태로 회복하는 것으로 내용이 바뀐다고 한다. 또 제3자의 권리를 해하지 못하는 것은 당연하고, 제548조 제1항의 단서는 이를 주의적으로 규정한 것이라 한다. 김준호, 전게서(註1), 904면; 김동훈, “계약해제와 제3자보호”, 「고시연구」 27(11), 고시연구사, 2000.11, 45면.

53) 대법원 2002.9.27. 선고, 2001두5989 판결; 대법원 1995.3.24. 선고, 94다10061 판결 등.

54) 김준호, 전게서(註1), 904-905면; 김준호, 「계약법」, 법문사, 2011, 575면.

약을 해제한 경우, 乙에게 이전되었던 토지소유권이 당연히 甲에게 복구하는지 여부이다. 계약해제로 소멸하는 것은 앞서 언급한 바와 같이 채권계약이 소급하여 실효되는데, 이에 더 잡은 물권도 당연히 복구하는 것인가에 대하여 학설⁵⁵⁾은 채권적 효과설과 물권적 효과설이 대립하고 있는데, 판례는 물권적 효과설의 입장이다. 즉 우리의 법제가 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하지 않는 점과 민법 제548조 제1항 단서가 거래안전을 위한 특별규정이라는 점을 생각할 때 물권적 효과설이 타당하다는 견해⁵⁶⁾를 취하고 있다.

나. 제3자의 범위와 보호

甲이 자기 소유의 부동산을 乙에게 매각하고, 乙은 다시 丙에게 매도하여 丙 명의로 소유권 이전등기가 마쳐진 후, 乙의 채무불이행으로 甲이 계약을 해제하는 경우, 해제의 소급효에 따라 乙에게 이전된 소유권은 甲에게로 당연히 복구하게 된다. 이 경우 제3자인 丙의 보호가 문제될 수 있는데, 이에 대하여 제 548조 제1항 단서는 ‘제3자의 권리를 해하지 못한다.’라고 규정하여 제3자 보호 및 거래의 안전을 도모하고 있다. 따라서 제548조 제1항은 제3자 보호와 거래 안전을 위한 특별규정으로 이해된다. 여기서 제3자라 함은 ‘그 해제된 계약으로부터 생긴 법률효과를 기초로 하여 해제 전에 새로운 이해관계를 가졌을 뿐 아니라 등기·인도 등으로 완전한 권리를 취득한 자’⁵⁷⁾를 말하는 것으로, 이설이

55) 송덕수, 전게서, 1133면; 김준호, 전게서(註1), 905-906면. 채권적 효과설은 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하면서 해제가 되더라도 이행행위 그 자체는 효력을 지니고 있고, 원상회복채무가 발생할 뿐이라고 한다. 반면, 물권적 효과설은 물권행위의 무인성을 부정하고 유인성을 인정하면서 해제된 채권계약은 물권변동의 원인행위이므로 그 계약이 해제되면 이전하였던 물권은 등기 없이도 당연히 복구하는 것이라고 한다.; 강태성, “우리나라에서의 물권행위 인부”, 「재산법연구」 제28권 제2호, 한국재산법학회, 2011.8, 20면 이하; 정옥태, “물권행위의 무인론”, 「고시연구」 18(8), 고시연구사, 1991.8, 127면; 홍성재, “부동산 물권변동론의 재정립”, 「민사법학」 제43권 제2호, 민사법학회, 2008, 386면.

56) 대법원 1977.5.24. 선고, 75다1394 판결; 대법원 1982.7.27. 선고, 80다2968 판결. 따라서 등기의 말소나 점유의 이전 등 원상회복청구권은 소유권에 기한 물권적 청구권이므로 소멸시효에 걸리지 않는다.

57) 송덕수, 전게서, 1134-1135면; 김준호, 전게서(註55), 578면; 대법원 2003.1.24. 선고, 2000다22850 판결.

없으며 판례도 같은 입장을 취하고 있다.⁵⁸⁾ 따라서 앞선 사안에서 丙이 소유권이전등기를 마친 경우에는 유효하게 소유권을 취득하지만, 丙 앞으로 소유권이전등기가 마쳐지지 않은 상태에서 해제된 경우에는 '완전한 권리'를 취득한 것이 아니므로 제3자에 해당하지 않게 된다.

제3자의 범위와 관련한 판례의 태도를 살펴보면 아래와 같다. 첫째, 매매계약 후 소유권이전등기를 마친 매수인으로 부터 물권 또는 대항력 있는 권리를 취득한 자는 제3자의 범위에 포함된다. 즉 매매목적물에 대한 소유권을 취득한 자 뿐만 아니라 매수인과 매매예약을 체결한 후 그에 기한 소유권이전청구권을 보전하기 위한 가등기를 마친 자도 동 조항 단서에서 말하는 제3자에 포함된다.⁵⁹⁾ 또한 매수인으로부터 그 계약이 해제되기 전에 주택을 임차받아 주택의 인도와 주민등록을 마침으로써 주택임대차보호법 소정의 대항요건을 갖춘 임차인은 등기된 임차권자와 마찬가지로 동조 제1항 단서의 제3자에 포함되며, 매매계약 후 소유권이전등기를 마친 매수인의 채권자가 매매목적물을 가압류한 경우에도 그 가압류에 의하여 당해 목적물에 대하여 잠정적으로 그 권리행사를 제한하는 것이나 중국적으로는 이를 환가하여 그 대금으로 피보전채권의 만족을 얻을 수 있는 권리를 취득하는 것이라는 점에서 역시 제3자의 범위에 포함된다. 둘째, 매매계약 후 소유권이전등기를 하기 전에 미등기 매수인과 임대차계약을 체결하고 그 주택을 인도받아 전입신고를 한 자도 본조의 제3자에 해당한다. 즉 매매계약의 이행으로 매매목적물을 인도받은 매수인은 그 물건을 사용·수익할 수 있는 지위에 있고, 이러한 사용수익권의 일환으로 그 물건을 타인에게 적법하게 임대할 수 있으며, 임차인은 이러한 지위에 있는 임대인으로부터 주택을 임차하여 대항요건을 갖추었기 때문이다.⁶⁰⁾ 셋째, 토지매수인이 토지에 대하여 소유권이전등기를 마치고 건물을 신축한 뒤 건물을 매도한 경우, 건물의 양수인은 토지에 대하여 관습법상 법정지상권을 취득하기 때문에 토지매도인이 토지 매매를 해제한 경우 제3자에 해당한다.

58) 송덕수, 전개서, 1135면; 대법원 2005.1.14. 선고, 2000다22850 판결; 대법원 2002.10.11. 선고, 2002다33502 판결.

59) 대법원 2014.12.11. 선고, 2013다14569 판결.

60) 대법원 2008.4.10. 선고, 2007다38908, 38915 판결.

반면, 매매계약 후 소유권이전등기를 하기 전에 미등기매수인과 이해관계를 맺은 자, 예컨대 매매계약상 매매대금채권 또는 소유권이전등기청구권의 양수인,⁶¹⁾ 계약상 채권을 가압류한 채권자,⁶²⁾ 채권 자체의 전부채권자, 계약상 채권을 양수하여 이를 피보전채권으로 하여 처분금지가처분결정을 받은 자,⁶³⁾ 건축주허가 명의만을 양수한 자, 가등기에 기한 본등기 사이에 임차권이나 소유권을 취득한 제3자,⁶⁴⁾ 미등기 무허가건물에 관한 매매계약이 해제되기 전에 매수인으로 부터 무허가건물을 다시 매수하고 무허가건물관리대장에 소유자로 등재된 자⁶⁵⁾ 등은 동조 제1항에서 말하는 제3자에 포함되지 않는다.

다. 검토 및 사건

계약해제의 효과로써 원상회복의무와 그 제한을 규정한 제548조 제1항 단서는 계약해제에 따른 직접효과설에 따른 원상회복의무와 물권행위의 유인론에 따른 물권적 효과설을 취하고 있는 우리의 법제 하에서 제3자의 보호, 즉 거래의 안전을 위해 마련된 제도로 이해된다. 전술한 민법 제108조 제2항과 해제의 소급효를 제한하고 있는 제548조 제1항 단서규정은 일응 제3자 보호를 위한 예외적 규정으로 이해할 수 있다. 다만, 보호되어지는 제3자의 범위는 후자가 훨씬 제한적인데, 이는 해제를 통해 소유권 등을 회복하려는 자와 제3자의 이해관계를 합리적으로 비교형량한 결과라는 점에서 타당한 결론이라고 생각된다. 따라서 동조 동항 단서의 입법취지를 본고의 주제와 결부시켜 보건데, 이는 해제의 의사표시 후 말소등기 시까지 거래의 안전을 도모하기 위해 등기에 일정한 공신력을 인정하고 있는 것으로 평가할 수 있을 것이다.

61) 대법원 2003.1.24. 선고, 2000다22850 판결. 왜냐하면 채권을 양수한 자는 완전한 권리를 취득한 자가 아니며, 채권발생의 기초가 되는 계약이 해제될 수 있다는 사정은 계약에 내재되어 있는 고유한 위험에 해당하는데, 채권의 양수인은 이러한 위험을 감수하고서 채권을 양수하였기 때문이다.

62) 대법원 2006.1.26. 선고, 2003다29456 판결.

63) 대법원 2005.1.14. 선고, 2003다33004 판결.

64) 대법원 1982.11.23. 선고, 81다카1110 판결; 대법원 2007.6.28. 선고, 2007다25599 판결.

65) 대법원 2014.2.13. 선고, 2011다64782 판결.

Ⅳ. 민사특별법상 등기와 제3자 보호

1. 명의수탁자로부터의 제3자 보호(부동산실명법 제4조)

가. 명의신탁의 권리관계

명의신탁약정이란 부동산에 관한 소유권이나 그 밖의 물권을 보유한 자 또는 사실상 취득하거나 취득하려는 자가 타인과의 사이에서, 대내적으로는 실권리자가 부동산에 관한 물권을 보유하거나 보유하기로 하고, 그에 관한 등기는 그 타인의 명의로 하기로 하는 약정을 말한다(부동산실명법 제2조 제1호). 즉, 내부관계에서는 신탁자가 소유권과 기타 권리를 보유하고 관리·수익하나, 대외관계에서는 수탁자 명의로 하여 두는 것으로 실질적·사실적 소유권과 법률적·형식적 소유권이 구분되어 귀속되어 있는 형태를 말한다.

이러한 명의신탁을 신탁행위로 볼 것인지 여부에 따라 판례와 학설은 그 효과를 달리 구성하고 있는데, 명의신탁을 신탁행위로 보는 판례의 태도에 따르면 대외관계에서 수탁자를 완전한 소유자로 보고, 수탁자로부터 부동산을 양수한 제3자는 원칙적으로 선악불문하고 적법하게 소유권을 취득하는 것으로 이론구성을 하고 있다.⁶⁶⁾ 반면 명의신탁을 신탁행위로 보지 않는 대부분의 학설은 명의신탁을 허위표시에 문이하거나 허위표시에 관한 규정을 유추적용하여 수탁자로부터 부동산을 양수한 제3자는 그가 선의인 경우에만 보호받는 것으로 이론구성을 하고 있다.⁶⁷⁾ 그러나 1995년 부동산실명법이 제정·시행되면서 명의신탁 약정의 법적성질에 대한 논의는 어느 정도 일단락 된 것으로 보이는 데, 즉 판례는 강제집행 면탈 목적으로 타인 명의로 등기를 한 경우에 민법 제746조 소정의 불법원인급여에 해당하여 그 반환을 청구할 수 있는지 여부가 문제된 사안에서, 명의신탁약정 자체가 사회질서에 반하는 것은 아니라고 하여 민법 제746조도 적용되지 않는 것으로 보았다.⁶⁸⁾ 명의신탁은 경우에 따라서 허위표시

66) 대법원 1963.9.19. 선고, 63다388 판결.

67) 김준호, 전제서, 1577-1578면.

에 해당하는 경우도 없지 않겠지만, 명의신탁이 문제된 사안에서는 민법상 허위 표시 규정에 앞서 특별법으로 부동산실명법의 적용을 통해 해결하는 것이 바람직 할 것이다. 이하에서는 부동산실명법 제4조 제1항 및 제2항에도 불구하고 그러한 무효로서 대항하지 못하도록 규정한 동법 동조 제3항의 입법취지 및 보호되어지는 제3자의 범위를 살펴보고자 한다.

나. 부동산실명법 제4조 제3항의 입법취지

동법 제4조 제3항에서 말하는 제3자에 관하여 판례는 수탁자가 물권자임을 기초로 하여 그와의 사이에 새로운 이해관계를 맺는 자를 말하고, 여기에는 소유권이나 저당권 등 물권을 취득한 자뿐만 아니라 가압류채권자도 포함하며 그의 선·악의는 고려되지 않는다고 한다.⁶⁹⁾ 동 규정을 마련한 입법취지도 판례의 태도와 같은데, 즉 악의의 제3자에게도 대항할 수 없게 하여 명의신탁자의 사법상 지위를 불안하게 함으로써 명의신탁을 억제하는 효과를 기대할 수 있고, 명의신탁을 금지하는 부동산실명법에서 악의의 제3자에게 명의신탁자가 그 무효를 주장할 수 있다고 하면 종전보다 명의신탁자를 더 보호하는 것이 되어 타당하지 않다는 점을 고려하여 제3자의 선·악의를 묻지 않는 것으로 정하였다⁷⁰⁾는 것이다. 즉 동조 제3항의 입법취지는 명의수탁자로부터 거래한 제3자 나아가 거래안전을 보호하기 위한 것이라기 보다는 명의신탁에 대한 억제효과를 달성하기 위한 취지로 이해된다.

다. 제3자의 범위와 보호

먼저 양자간 등기명의신탁의 경우, 명의수탁자가 신탁부동산을 처분하여 제3자가 유효하게 소유권을 취득하여 명의신탁자가 그 소유권을 상실한 이상, 그 후 명의수탁자가 우연히 신탁부동산의 소유권을 취득하였다고 하더라도, 명의신탁

68) 대법원 2003.11.27. 선고, 2003다41722 판결.

69) 대법원 2009.3.12. 선고, 2008다36022 판결; 대법원 2000.3.28. 선고, 99다56529 판결.

70) 재정경제원, 부동산실명법 해설, 114면. 김준호, 「물권법」(제12판), 법문사, 2019, 260면.

탁자의 소유권에 기한 물권적 청구권은 인정되지 않는다.⁷¹⁾ 삼자간 등기명의신탁(중간생략형 등기명의신탁)의 경우에도 명의수탁자가 신탁부동산을 임의로 처분하거나 강제수용 내지 공공용지 협의취득 등으로 제3자 명의로 이전등기가 마쳐지게 되면, 제3자는 선·악 불문하고 종국적으로 당해 부동산에 대한 소유권을 취득하게 되고, 다만 명의신탁자는 명의수탁자에게 매매대금 내지 수용보상금 상당의 부당이득반환을 청구할 수 있을 뿐이다.⁷²⁾ 이와 마찬가지로 명의수탁자 앞으로 이전된 부동산 소유명의를 명의신탁자나 제3자 앞으로 이전하거나 가등기를 통해 보전하기로 약정하는 것은 명의신탁약정의 유효를 전제로 그 반환을 구하는 범주에 속하는 것으로 그러한 약정도 무효로 보아야 할 것이다.⁷³⁾ 한편 계약명의신탁에서는 매도인의 선·악의 여부에 따라 그 효과를 달리 하는데(부동산실명법 제4조 제2항 단서), 즉 매매계약 체결 당시 매도인이 선의인 경우에는 매도인과 매수인(명의수탁자)사이의 매매 계약도 일응 유효한 것으로 보는데, 이는 명의신탁의 억제효를 달성하려는 것과는 달리 명의신탁의 존재를 알지 못한 선의의 매도인을 보호하기 위한 규정으로 이해된다.⁷⁴⁾

라. 검토 및 사건

부동산실명법 제4조 제1항 및 제2항에 따를 때, 명의신탁약정 및 이에 기초

71) 대법원 2013.2.28. 선고, 2010다89814 판결.

72) 대법원 2011.9.8. 선고, 2009다49193, 49209 판결.

73) 대법원 2015.2.26. 선고, 2014다63315 판결.

74) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 단서는 부동산 거래의 상대방을 보호하기 위한 것으로 상대방이 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못한 채 물권을 취득하기 위한 계약을 체결한 경우 그 계약과 그에 따른 등기를 유효라고 한 것이다. 명의신탁자와 명의수탁자가 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 매도인과 부동산에 관한 매매계약을 체결하는 경우 그 계약과 등기의 효력은 매매계약을 체결할 당시 매도인의 인식을 기준으로 판단해야 하고, 매도인이 계약 체결 이후에 명의신탁약정 사실을 알게 되었다고 하더라도 위 계약과 등기의 효력에는 영향이 없다. 매도인이 계약 체결 이후 명의신탁약정 사실을 알게 되었다는 우연한 사정으로 인해서 위와 같이 유효하게 성립한 매매계약이 소급적으로 무효로 된다고 볼 근거가 없다. 만일 매도인이 계약 체결 이후 명의신탁약정 사실을 알게 되었다는 사정을 들어 매매계약의 효력을 다룰 수 있도록 한다면 매도인의 선택에 따라서 매매계약의 효력이 좌우되는 부당한 결과를 가져올 것이다. 대법원 2018.4.10. 선고, 2017다257715 판결.

한 부동산물권변동도 무효가 되며, 다만 동조 제3항에서 ‘무효는 제3자에게 대항하지 못한다.’라고 규정하여 수탁자가 물권자임을 기초로 그와 새로운 법률상 이해관계를 맺은 제3자를 그의 선·악 여부와 무관하게 보호하도록 하고 있다. 판례의 태도와 같이 보호되는 제3자의 범위를 상기와 같이 새긴다면, 동조의 입법취지는 거래안전의 보호보다 명의신탁자의 사법상 지위를 불안하게 함으로써 명의신탁의 억제효과를 달성하려는 것으로 이해하여야 할 것이다. 그러나 동조 제2항 단서는 계약명의신탁에서 매도인이 선의인 경우에는 당사자간의 매매계약은 유효하며, 따라서 명의수탁자가 확정적으로 소유권을 취득하게 되는데, 동항 단서의 입법취지는 명의신탁의 존재를 알지 못한 선의의 매도인을 보호하기 위한 것, 즉 거래의 안전을 도모하기 위한 규정으로 이해하는 것이 타당할 것이다.

2. 채무자의 말소등기청구권과 제3자 보호(가등기담보법 제11조)

가. 가등기담보와 공시

일반적인 가등기는 현재 실질적·절차적 요건의 불비로 장래 그 요건이 완비 되면 실행할 본등기의 순위를 보전할 목적으로 행해진다. 그러나 이와 달리 가등기담보법상 가등기담보권은 순위보전적 효력 외에도 실체법상 효력이 인정되며, 가등기담보권을 설정하기 위해서는 채권담보목적의 가등기담보계약과 함께 담보가등기로 공시하여야 한다. 따라서 가등기담보계약을 하였으나 가등기가 경료되지 않은 경우에는 가등기담보법상의 적용을 받지 못한다. 과거 이러한 담보가등기는 등기부상 청구권 보전의 가등기와 구별이 용이하지 않았으므로, 당사자의 의사표시, 자금의 수수관계, 계약체결의 동기 등을 종합적으로 판단하여 결정하였으나,⁷⁵⁾ 현재는 등기실무상 ‘담보가등기’와 등기원인을 ‘대물반환의 예약’으로 기재하므로 외형상 구분이 가능하다.⁷⁶⁾ 담보가등기도 등기의 추정력이 인정되지만, 이는 대물반환의 예약을 원인으로 하는 가등기 신청과 그로 인한 가등기담보에 한정되어 있고, 당사자들이 등기원인을 고의로 속이는 경우에 적용될 수 없으며, 피담보채권액은 등기사

75) 송영근, 전게서, 1087면; 장재현, “가등기담보”, 『고시계』 38(11), 고시계사, 1993.10, 79면.

76) 송덕수, 전게서, 689면.

항이 아니므로 충분한 공시방법이 되지 못한다. 결국 매매 또는 담보목적에 대한 입증책임은 이를 주장하는 자가 부담해야 한다.

나. 가등기담보와 제3자 보호

동법 제11조에서 채무자 등은 청산금채권을 변제받을 때까지 채권자에게 그 채무액을 지급하고 그 채권담보의 목적으로 행하여진 담보가등기 또는 소유권이전 등기의 말소를 청구할 수 있는데, 이 경우 등기부상 소유권자인 채권자로부터 양도받은 제3자는 보호를 받을 수 없게 되어 거래의 안전을 해치게 된다. 그래서 동조 단서에서 변제기가 10년이 지난 채무이거나 선의의 제3자가 소유권을 취득한 경우에는 말소등기를 청구할 수 없도록 제한을 두고 있다.⁷⁷⁾ 여기서 채권자가 청산금을 미지급하고 소유권을 취득하여 제3자에게 처분할 수 있는 경우를 살펴보면, ① 청산기간 경과 후, 청산금 미지급, 합의에 따른 본등기 종료인 경우와 ② 청산기간 경과 전, 청산금 미지급, 합의에 따른 본등기 종료의 경우로 구분할 수 있다. 우선 ①의 경우에는 그러한 합의가 유효하여 채권자는 소유권을 취득하게 되고(동법 제4조 제4항 단서), 제3자도 동법 제11조와 무관하게 선·약물문하고 소유권을 취득하게 된다. 그러나 ②의 경우에는 동법 제4조 제4항에 따라 채무자에게 불리하여 합의 자체가 무효가 되어 채권자는 소유권을 취득하지 못하며 제3자 역시 소유권을 취득할 수 없다. 그러면 이때 제3자가 선의인 경우 가등기담보법 제11조 단서를 적용할 수 있는지에 대하여 거래의 안전을 위해 그 적용을 긍정하고 있으며, 제3자가 소유권을 취득하는 결과 채무자 등은 더 이상 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다고 한다.⁷⁸⁾

77) 대법원 2014.8.20. 선고, 2012다47074 판결. 가등기담보법 제11조의 내용과 제척기간제도의 본질에 비추어 보면, 채무자 등이 위 제척기간이 경과하기 전에 피담보채무를 변제하지 아니한 채 또는 변제를 조건으로 담보목적으로 마친 소유권이전등기의 말소를 청구하더라도 이를 제척기간 준수에 필요한 권리의 행사에 해당한다고 볼 수 없으므로, 채무자 등의 위 말소청구권은 제척기간의 경과로 확정적으로 소멸한다. 이러한 법리는 채무자 등이 피담보채무를 변제하지 아니한 채 또는 변제를 조건으로 위 소유권이전등기의 말소등기를 청구하는 소를 제기한 경우에도 마찬가지로 적용된다.

78) 강태성, 전게서, 1271면; 곽윤직, “가등기담보 등에 관한 법률의 문제점”, 「법학」 61, 서울대학교법학연구소, 1985.4, 44-45면.

다. 검토 및 사건

동법 제4조 제2항에서 채권자가 본등기를 하려면 채무자 등에게 청산금을 지급한 다음에 본등기를 실행하여 소유권을 확보할 수 있으며, 담보가등기를 마친 경우에는 청산기간이 지나야 본등기를 청구 할 수 있는데, 이러한 절차 없는 채권자의 처분과 그에 따른 선의의 제3자가 취득한 소유권에 대하여 말소등기청구권을 제한하여 유효로 본다는 것은 부동산거래에서 선의여부는 등기의 외형에 대한 신뢰를 기준으로 판단할 수밖에 없다는 점에서, 결국 동조 단서는 등기의 공신력을 인정한 조항으로 평가된다.⁷⁹⁾

채무자등의 말소청구권을 제한하는 동조의 태도에 대해서는 등기말소청구권의 소멸시효를 인정한 것으로서 물권적 청구권의 본질에 저촉되며, 청산금을 지급하지 않은 채권자를 오히려 보호하는 셈이 되어 동법의 입법취지에 반한다거나, 이것은 실질적으로 등기에 공신력을 인정하는 것으로 민법의 근간이 되는 문제를 그것도 특별법에서 허용하는 방식을 취하는 것은 문제가 있다는 점 등에 대한 비판이 제기되고 있다.⁸⁰⁾ 이러한 비판은 현행 부동산물권변동에 관한 등기에 공신력을 인정하지 않고 있는 입장에서는 충분히 타당한 주장이라고 생각되지만, 현행 공시방법으로서 등기가 갖는 내재적 한계성 및 진정한 권리자와 거래의 안전을 도모하기 위한 이익형량의 결과물이라는 점에서 상기 비판을 전적으로 수용하기는 어렵다고 생각된다.

V. 나오며

우리 민법은 과거 의사주의에서 형식주의로 전환하는 과정에서 현실적인 여건을 고려하여 형식주의에 맞지 않게 부동산등기의 공신력은 인정하지 않고 있는데, 우리나라와 같이 물권변동의 형식주의를 취하는 국가 중 부동산공신력을

79) 강태성, 전거서, 87면; 박경량, “가등기담보등에 관한 법률 연구”, 『민사법학』 (8), 민사법학회, 1990.4, 251면.

80) 김증한·김학동, 『물권법』 (제9판), 박영사, 1997, 591-592면.

인정하지 않는 국가는 소수에 불과하다.⁸¹⁾ 부동산 물권변동에 있어서 등기에 공신력이 부여되지 않게 되면, 등기된 자는 추정력만 갖게 되고, 등기를 신뢰하고 거래한 당사자와 제3자는 실질적으로 보호받지 못하여 거래의 안전을 해치게 된다. 따라서 해당 조항의 효력을 일부 제한하거나, 선의의 제3자에게 주장하지 못하도록 대항금지규정으로 일부 보호하고 있는 실정인데, 형식주의를 취한 관점에서 볼 때 이러한 예외규정으로써 제3자 보호는 충분하지 않다고 할 것이다.

전술한 바와 같이 민법 제108조의 통정허위표시에서 무효행위의 소급효는 당사자나 제3자 모두에게 무효이어야 하나, 선의의 제3자에게는 무효를 주장하지 못하도록 대항요건을 적용하여 최소한의 거래안전을 도모하고 있으며, 동법 제548조 제1항의 계약해제와 제3자에 대한 관계에서 계약해제 후 선의의 제3자는 보호받지 못하다는 문제가 있다. 그리고 부동산실명법 제4조의 명의신탁 관계에서 등기명의신탁의 제3자는 명의신탁의 억제효에 따른 반사이익으로 보호되는 반면, 계약명의신탁의 제3자는 매도인의 선의여부에 따라 보호여부를 달리하며, 가등기담보법 제11조 단서에서 ‘변제기가 10년이 지난 채무나 선의 제3자가 소유권을 취득한 경우’에는 채무자 등의 말소등기청구를 제한하는 등 제3자 보호를 위하여 특별규정을 둬으로써 실질적으로 등기의 공신력을 예외적으로 인정하고 있다.

이러한 특별규정으로서의 제3자 보호가 결과적으로는 등기의 공신력을 사실상 인정하는 것이고, 우리 민법이 형식주의로 전환하던 과거와는 달리 등기전산화도 국가 정책으로 추진하여 완성단계에 있으므로, 기존 ‘동산물권과는 달리 부동산물권변동의 공시방법인 등기에는 공신력은 인정되지 않는다.’라는 관념의 틀에서 벗어나 정보화, 경제화 시대에 부합하는 실질적인 등기의 공신력제고가 필요하다고 본다. 물론 부동산물권변동의 공시방법인 등기에 추정력이 아닌 공신력을 부여하기 위해서는 일정한 전제조건이 필요함은 당연한 것이고, 특히 공신력부여로 인하여 침해되는 진정한 권리자의 보호방안도 강구되어야 할 것이므로 독일 등 외국의 입법례를 대안으로 검토하여 등기의 공신력제고를 도모하고, 이를 통해 진정한

81) 윤철홍, 전계논문(註1), 214면. 예컨대 그리스, 에스토니아 등이 이에 해당한다.

권리자의 보호와 거래의 안전을 조화롭게 제도화할 필요가 있다.

이에 대한 구체적 입법방향은 다음과 같이 제안할 수 있을 것이다. 첫째, 일정시점을 기준으로 신·구 등기관리자의 실체관계를 나누어 신·구 순으로 단계별로 일치시키고, 우선 신규 등기신청서류에 대한 등기관의 실질적인 심사권을 부여하도록 한다. 둘째, 진정한 권리자의 등기정정청구권제도를 마련하여 정당하지 못한 등기로 인하여 권리의 침해 또는 불이익을 받고 있는 경우 그 부당한 부동산등기부의 정정을 청구할 수 있도록 하는 것이다. 셋째, 이의등기를 통하여 정당하지 못한 등기의 정정을 하는 동안 부동산의 공신력을 일정기간 배제할 수 있도록 해야 한다. 넷째, 등기관의 과오에 대하여 국가가 배상하고, 중과실 등의 조건 하에서는 등기관에게 구상권을 행사할 수 있어야 한다. 마지막으로, 현 부동산등기법의 개정으로 부동산의 매매예약등기제도나 인터넷계약등기시스템 등을 활성화하여 이중매매와 같은 분쟁을 막고 제3자가 거래계약을 쉽게 확인할 수 있도록 하여 거래의 안전과 투명성을 제고할 필요가 있다.

부동산거래에 있어서 등기의 공신력은 추정력과는 비교할 수 없을 만큼 이해관계 있는 제3자나 거래의 안전에 지대한 영향을 미치게 된다. 따라서 일부의 예외규정으로 보호되어야 할 사항은 아니라고 여겨지고, 이를 학설과 판례 등의 해석론에 의존케 하는 것도 결코 바람직하지 않으므로 등기의 공신력제고를 통한 제3자 보호와 거래의 안전 도모는 입법적으로 모색되어야 할 것이며, 본고가 이러한 시도에 미력하나마 단초를 제공하게 되기를 기대하며 글을 맺고자 한다.

참고문헌

〈단행본〉

- 강태성, 「물권법」(제3판), 대명출판사, 2009.
 김준호, 「민법강의」(제26판), 법문사, 2020.
 _____, 「민법총칙」(제14판), 법문사, 2020.
 _____, 「물권법」(제12판), 법문사, 2019.

- _____, 「계약법」, 법문사, 2011.
- 김증한·김학동, 「물권법」(제9판), 박영사, 1997.
- 박종두, 「물권법」(제6판), 삼영사, 2014.
- 송덕수, 「신민법강의」(제13판), 박영사, 2020.
- 송영곤, 「기본민법강의(1)」(제10판), 유스티니아누스, 2015.
- 유석주, 「신정2판 부동산등기법(이론 및 실무)」, 삼조사, 2008.
- 이은영, 「민법총칙」(제5판), 박영사, 2009.
- 지원림, 「민법강의」(제16판), 홍문사, 2019.
- 최문기, 「부동산등기의 이해」, 신지서원, 2015.

〈논문〉

- 강태성, “우리나라에서의 물권행위 인부”, 「재산법연구」 제28권 제2호, 한국재산법학회, 2011.8.
- 곽윤직, “가등기담보 등에 관한 법률의 문제점”, 「법학」 61, 서울대학교법학연구소, 1985.4.
- 권재문, “명의신탁된 공동상속재산의 협의분할과 부동산실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제3항의 제3자”, 「동아법학」(54), 동아대학교 법학연구소, 2012.2.
- 김기수, “민법 제186조의 한계”, 「고시계」 32(11), 고시계사, 1987.10.
- 김대정, “재단법인의 설립을 위한 출연재산의 귀속시기-민법개정안을 중심으로”, 「법학논총」 47, 숭실대학교 법학연구소, 2020.5.
- 김동훈, “계약해제와 제3자의 보호”, 「고시연구」 27(11), 고시연구사, 2000.11.
- 김명엽, “부동산등기의 공신력과 진정성 확보에 대한 연구”, 「일감법학」 제30호, 건국대학교 법학연구소, 2015.2.
- 김상묵·윤성호, “부동산 등기 전산화 제도의 활성화 방안”, 「법학연구」 제31호, 한국법학회, 2008.8.
- 김상철·양은상, “부동산등기제도의 개선방안에 관한 연구”, 「사법정책연구원 연구총서」 2015-04, 대법원 사법정책연구원, 2015.5.
- 김성욱, “부동산 물권변동의 공시와 관련한 고찰”, 「법과 정책」 제16편 제2호,

- 제주대학교 법과정책연구소, 2010.8.
- 김용진, “민법 제186, 187조는 개정되어야 한다.”, 「법전일보」 19, 현암사, 1966.2.
- 김용한, “민법 제186조의 의의와 적용”, 「고시연구」 34, 고시연구사, 1977.1.
- 김지원, “부동산등기의 공신력-독일법을 중심으로-”, 「이화여자대학교 법학논집」 제16권 제2호, 2011.2.
- 김판기, “부동산등기의 공신력 인정에 관한 실천적 재론”, 「고시계」 53(10), 고시계사, 2008.10.
- 박경량, “가등기담보등에 관한 법률 연구”, 「민사법학」 (8), 민사법학회, 1990.4.
- 윤성호·김문성, “부동산등기 전산업무의 문제점과 개선방안”, 「한국컴퓨터정보학회논문지」 21(1), 한국컴퓨터정보학회, 2016.1.
- 윤진수, “물권행위개념에 대한 새로운 접근”, 「민사법학」 제28호, 한국민사법학회, 2005.6.
- 윤철홍, “독일 민법상 부동산등기의 공신력에 관한 소고”, 「토지법학」 34(1), 한국토지법학회, 2018.6.
- _____, “부동산등기와 공시”, 「민사법학」 제36호, 한국민사법학회, 2007.
- 원종배, “중간생략등기형 명의신탁에서 수탁자의 임의처분에 따른 불법행위 책임의 성립여부에 관한 검토”, 「민사법의 이론과 실무」 제22권 제1호, 민사법이론과 실무학회, 2018.12.
- 장재현, “가등기담보”, 「고시계」 38(11), 고시계사, 1993.10.
- 정병호, “통정허위표시의 무효로부터 보호되는 제3자”, 「민사법학」 (78), 민사법학회, 2017.2.
- 정옥태, “물권행위의 무인론”, 「고시연구」 18(8), 고시연구사, 1991.8.
- 조민석, “부동산 소유권 이전에 있어서 물권행위의 필요성 재검토”, 「토지법학」 제29-2호, 한국토지법학회, 2013.12.
- 최려향·배성호, “중국 부동산등기 공시의 진정성확보를 위한 제도에 관한 연구”, 「재산법연구」 제36권 제1호, 한국재산법학회, 2019.5.
- 최승준, “통정허위표시의 제3자에 대한 관계”, 고시계 50(4), 고시계사, 2005.3.
- 홍성재, “부동산 물권변동론의 재정립”, 「민사법학」 43-2, 민사법학회, 2008.12.

[Abstract]

Public announcement and third party protection through
the registration of immovables real right:

Focusing on improving the public confidence in registration*

Lee, Dong-Sun

Ph.D. Student, Jeju National University

Kim, Dae-Kyung

Professor, Dr. jur., Jeju National University Law School

Immovables transactions involve changes in a real right, and because of the exclusive nature of a real right and the importance of the exchangeable value, it is necessary to have an externally announced representation through the public announcement method of registration to prevent unforeseen damage from a third party and promote safe transactions. However, the public announcement system has limitations in terms of the safety of transactions and the protection of true rights holders due to realistic conditions and national legislative policies. Our civil law shifted from expressionism in the past to formalism, which compromised the safety of transactions with the protection of genuine rights holders. Since then, the public confidence has not been recognized in registration, and the issue of third party protection has been continuously raised.

In this regard, 「Civil law」 redeems the lack of public confidence in the fictitious declaration of public information and protection of third parties in good faith (Article 108 (2)), and protection of a third party upon rescission

* This work was supported by the 2020 education, research and student guidance grant funded by Jeju National University.

of a contract (Article 548 (1)). There are some exceptions and attempts to protect third parties such as title trust agreement and third party protection (Article 4) in the 「Act on the registration of real estate property rights holder's name」, a special civil law and the obligator's claim for cancellation of registration, etc. and third party protection (Article 11) in the 「Provisional registration security act」. However, this lacks consistency because interpretation and position are different according to theories and precedents, or interpretations are different according to innocent party or not in good faith. It is also not enough in terms of protection of third parties under formalism based on public confidence, and such exceptions only result in recognition of public confidence in registration.

Since the public confidence of the registration has a large impact on the safety of transactions or third parties with interests that cannot be compared with the presumptive effect, it is necessary to deviate from passive third party protection such as the exceptions in the civil law. It is not desirable to rely on forms of interpretation such as theory and precedent. Moreover, it is necessary to promote active transaction safety by granting public confidence consistent with formalism in order to protect a third party in line with the changes of the times, such as the computerized level of registration system, informatization, edged-developing economy, etc. At the same time, the protection of the true right holder by granting the public confidence of the registration should be reviewed in light of good examples including the German actual deliberation authority in registration, claims for correction registration, claims for objection registration, national damage compensation system, and the Chinese Internet contract registration.

Key words : immovables real right change, public announcement system, third party protection, formalism, public confidence in registration, actual deliberation authority in registration