

중복등기의 효력

홍 봉 주*

목 차

- | | |
|-------------------------|---------------|
| I. 서 론 | 1. 1부동산 1용지주의 |
| II. 중복등기의 발생원인 | 2. 부동산거래의 안전 |
| III. 중복등기 효력에 관한 대법원 판례 | 3. 입증책임의 분배 |
| IV. 중복등기효력에 관한 학설 | VI. 결 론 |
| V.쟁점별 음미 | |

I. 서 론

우리나라 「부동산등기법」 제15조 제1항 본문은 “등기부에는 1필의 토지 또는 1동의 건물에 대하여 1용지를 사용한다”고 규정하여 1부동산 1등기용지주의 원칙을 규정하고 있다. 따라서, 이미 등기용지가 개설되어 있는 부동산에 대하여 중복된 소유권보전등기신청을 하게 되면, 그러한 등기신청은 같은 법 제55조 제2호 소정의 “사건이 등기할 것이 아닌 때”에 해당되어 각하를 면하지 못하게 될 것이다. 그러므로 이론적으로는 동일한 부동산에 대하여 등기용지가 복수로 존재하게 되는 경우, 즉 중복등기는 있을 수 없으며 있어서는 안 되는 것이 원칙이다.

그럼에도 등기공무원의 형식적 심사단계에서 걸러지지 않은 채 일단 경료되고 난 뒤의 동일한 토지에 관한 중복등기에 관하여 1993년 3월 3일 개정 「부동산등기법 시행규칙」 제115조 내지 제123조에 등기공무원

* 건국대학교 법과대학 부교수

이 등기용지를 폐쇄하는 방법에 의하여 직권으로 정리하는 절차가 규정되었고, 이에 관하여 중복등기의 정리가 등기용지를 폐쇄하는 중요한 절차임에도 법률에 근거 없이 시행되는 것은 문제가 있다는 비판에 따라 2005년 12월 29일 개정된 「부동산등기법」 제15조의2 중복등기의 정리규정이 신설되었다. 따라서 향후 중복등기의 발생 가능성은 현저히 낮아졌다고 볼 수 있다.

동일한 부동산에 대하여 2개 이상¹⁾의 등기용지가 개설된 경우를 일용 중복등기라고 할 수 있지만 중복등기의 개념은 그 효력과 관련하여 견해가 나뉘고 있다. 중복보존등기에 국한하여 이해하느냐 아니면 중복보존등기 이외의 경우를 포함하여 이해하느냐에 관해 견해가 다투어지고 있다.

중복등기의 개념에 관하여는 3가지 견해가 있다. 첫 번째 견해는 동일한 부동산에 관하여 이미 보존등기가 경료되어 있는데도 불구하고 제2 혹은 그 이상의 보존등기가 된 경우를 말한다고 하며 다수설²⁾과 판례³⁾의 견해이다. 두 번째 견해는 이미 등기가 존재하는 동일부동산에 관하여 경료된 소유권보존등기 혹은 회복등기를 말한다고 한다.⁴⁾ 세 번째 견해

1) 중복등기와 이중등기는 통상 같은 개념으로 사용되고 있으나, 중복등기에는 이중등기 이외에 삼중 또는 사중등기도 있으므로 본고에서는 중복등기라는 표현을 사용한다. 우연히 삼중등기가 경료된 사안으로는 대법원 1975. 11. 25. 선고 75다952 판결.

2) 김중환·김학동, 「물권법」, 제9판, 박영사, 1997, 78면; 김황식, 「민법주해(IV)」, 박영사, 1992, 142면; 이영준, 「물권법」, 제7판, 박영사, 1994, 107면; 지원림, 「민법강의」, 제4판, 홍문사, 2005, 396면; 김준호, 「민법강의」, 신정3판, 법문사, 2003, 473면; 고상용, 「물권법」, 법문사, 2002, 92면; 박영식, “중복등기의 효력”, 「사법논집」, 9집, 법원행정처, 1978, 329면; 손지열, “중복등기의 제문제”, 「재판자료」, 43집, 법원행정처, 1988, 404면; 손지열, “이중등기의 효력”, 「민사판례연구」, 52집, 박영사, 1983.

3) 대법원 2001. 2. 15. 선고 99다66915 전원합의체 판결에서 “동일 부동산에 관하여 하나의 소유권보존등기가 경료된 후 이를 바탕으로 순차로 소유권이전등기가 경료되었다가 그 등기부가 멸실된 후 등기명의인을 달리 하는 소유권이전등기의 각 회복등기가 중복하여 이루어진 경우에는 중복등기의 문제는 생겨나지 않고”라고 판시하고 있다.

4) 유원규, “중복등기의 효력”, 「민사판례연구」, 14집, 박영사, 1992, 3면; 유원규, “중복

는 동일한 부동산에 관하여 2개 이상의 등기용지가 개설된 경우를 말한다고 한다.⁵⁾ 두 번째와 세 번째 견해는 같은 의미로 이해⁶⁾되기도 한다.

1부동산 1용지 원칙이 멸실히복등기에도 적용될 수 있지만⁷⁾ 보존등기가 중복되는 경우는 최초의 등기부 개설 이후 또 다른 등기부가 개설되는 한 가지 상황에서 발생하는 것에 반하여 멸실히복등기가 중복되는 경우는 각 멸실히복등기의 바탕이 된 소유권보존등기가 중복등기인 경우와 동일등기인 경우 또는 중복등기인지 동일등기인지가 불명인 경우 등 다양한 상황에서 발생하고 있는바 본고에서는 첫 번째 견해를 취한다.⁸⁾

중복보존등기의 효력에 관하여 대법원 판결의 변화과정과 특히 중복 멸실히복등기의 효력에 관한 대법원 2001. 2. 15. 선고 99다66915 전원합의체 판결의 생성과정⁹⁾을 검토해 보면 중복등기의 개념¹⁰⁾을 중복보존등

등기의 효력”, 『대법원판례해설』, 15호, 법원행정처, 1992, 11면.

5) 박윤직, 『물권법』, 제7판, 박영사, 2003, 85면; 이상태, 『물권법』, 4정판, 법원사, 2004, 92면; 김상용, 『물권법』, 전정증보판, 법문사, 2003, 165면; 가재환, “이중등기의 효력”, 『민사판례연구』, 1집, 박영사, 1979, 58면; 송덕수, 『민법강의(상)』, 박영사, 2004, 472면; 김상용, “중복등기의 법적처리 및 등기부취득 시효의 기초가 되는 등기의 인정범위”, 『민사판례연구』, 20집, 박영사, 1998, 71면.

6) 이동명, “90년대 물권법판례회고”, 『민사판례연구』, 22집, 박영사, 2000, 669면.

7) 대법원 1966. 8. 29. 선고 66마368 결정. 1필의 부동산에 대하여 회복등기가 되어 있고 이에 중복하여 동일한 부동산에 대하여 다시 회복등기의 신청이 있는 경우에는 등기 공무원은 『부동산등기법』 제55조 제2호 소정의 사건이 등기할 것이 아닌 때에 해당하므로 뒤의 회복등기신청을 형식적 심사권에 의하여 각하하여야 한다.

8) 위 99다66915 전원합의체 판결의 별개의견은 1부동산 1용지 원칙이 멸실히복등기에도 적용됨을 근거로 두 번째 견해를 취하고 있다.

9) 백창훈, “중복된 멸실히복등기의 효력”, 『민사판례연구』, 24집, 박영사, 2002, 33면 이하에서 99다66915 전원합의체 판결의 당사자들이 동일한 사안의 법률적 판단을 받기 위해 10년간 재판을 하여 대법원 1996. 11. 29. 선고 94다60783 판결과 대법원 1998. 7. 14. 선고 97다34693 판결 및 위 99다66915호 전원합의체 판결까지 진행된 과정이 정리되어 있다.

10) 위 99다66915 전원합의체 판결에서 “선후자의 멸실히복등기가 동일한 보존등기에 더 잡아 이루어진 경우 멸실 전 먼저 된 소유권이전등기가 잘못 회복등재된 것이므로 그 회복등기 때문에 나중 된 소유권이전등기의 회복등기가 무효로 되지 아니한다.”

기의 경우로 국한하여 파악하는 것이 분쟁유형별 논란의 여지를 최소화할 수 있을 것이다.

중복등기는 2개 이상의 등기용지가 개설된 경우의 등기만을 의미하므로, 같은 등기용지에 중복하여 경료된 등기는 이에 해당하지 아니한다.¹¹⁾

중복등기는 2개의 부동산 등기가 각각 동일한 부동산을 공시하는 것이라고 인정될 정도의 형식적 내용을 갖는 경우에 한하므로 이른바 외관상의 중복등기¹²⁾는 중복등기가 아니다. 동일한 부동산이나 여부는 실질상의 관계에 입각하여 결정하여야 하므로 부동산의 실제와 다소의 차이가 있더라도 동일성을 해하지 않을 정도이면 중복등기가 인정된다.¹³⁾

라고 판시하였다.

- 11) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98다23393 판결. “동일한 부동산에 관하여 등기한 권리의 순위는 법률에 다른 규정이 없는 때에는 등기의 전후에 의하고, 등기의 전후는 등기용지의 동구에서 한 등기에 대하여는 순위번호에 의하므로, 동일한 부동산이나 동일한 지분에 관하여 이중으로 소유권 또는 지분이전등기가 경료된 경우, 선순위 등기가 원인무효이거나, 직권말소될 경우에 해당하지 아니하는 한, 후순위등기는 실제적 권리관계에 부합하는지에 관계없이 무효이다.” 중복이전등기의 효력에 관해 중복보존등기의 경우와 동일한 결론에 이르렀으나, 그 근거를 등기의 순위확정적 효력에 두고 있는 점에서 1부동산 1등기용지 원칙에 근거를 둔 중복등기와 다르다.

대법원 1992. 4. 14. 선고 92다4208 판결. 부동산 중 18,310분의 12,320 지분에 관하여 갑과 을 명의로 가등기가 경료된 후 2분의 1 지분에 관하여 병 명의로, 나머지 2분의 1 지분에 관하여는 정 명의로 차례로 각 소유권이전등기가 경료되고 다시 병이 무에게 위 2분의 1 지분을 매도하여 소유권이전등기가 경료된 후 위 가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써, 위 가등기권리자와 정 및 무의 각 지분의 합계가 1을 초과하여 후순위권리자들의 지분에 관한 소유권이전등기가 말소되어야 하는 경우 정 및 무 명의의 각 소유권이전등기는 그 등기의 선후에 따라 우선순위가 정하여진다고 할 것이므로, 위 부동산 중 18,310분의 12,320 지분은 갑 및 을의 소유로, 18,310분의 5,990 지분은 무의 소유로 확정되고, 따라서 등기공무원은 위 무보다 등기순위가 뒤인 정 명의의 소유권이전등기는 모두 말소하고 위 무 명의의 소유권이전등기는 위 가등기권리자들의 권리에 저촉되지 아니하는 범위 내에서 지분을 18,310분의 5,990 지분으로 경정하는 경정등기를 하여야 한다.

- 12) 외관상의 중복등기는 부동산 표시가 실제의 부동산을 표상하지 못하는 것으로서 존재하지 아니하는 부동산에 관한 등기로서 무효이므로 말소될 처지에 놓여 있다. 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다51285 판결.

본고에서는 중복보존등기의 효력에 관하여 대법원 판례의 변화과정과 학설대립을 쟁점별로 살펴본 후 대법원 전원합의체 판결과 견해를 달리하여 실체법적 해결을 제시하고자 한다.

II. 중복등기의 발생원인

중복등기는 토지와 건물에서 모두 발생되지만, 주로 토지에서 분쟁이 더 많았다.¹⁴⁾ 축적된 대법원 판례들도 주로 토지에 관한 중복등기에 관한 것들이고, 2005년 12월 29일 개정된 「부동산등기법」과 1993년 3월 3일 개정된 「부동산등기법 시행규칙」에서도 토지에 관한 중복등기를 정리하는 절차를 두고 있다.

중복등기는 한국전쟁, 단기간의 경제발전 등 사회적 대변혁 등에 의한 등기부의 혼란으로 양산되었다. 무엇보다도 과거에 중복등기가 많이 생기게 된 근본적인 원인은 등기과정에 있어서 정확한 등기여부의 검색 방법이 미비된 데에 있었다고 보여진다. 즉 종전의 등기부는 지금과 같이 지번(또는 건물의 소재지번)에 따라 등기번호를 부여하고 장부식 등기부에 소유권보존등기를 한 순서에 따라 일련번호로 등기번호를 부여하고 기재를 하여 나가는 방식을 취하고 있었고, 또한 기등기 부동산

13) 토지의 동일성은 지번, 지목, 지적을 종합하여 판단하여야 할 것이다. 지번이 일치한다 하더라도 지목과 지적이 전혀 상이한 경우에는 동일한 토지로 볼 수 없을 것이며, 또한 지목이 일치하지 않더라도 지번과 지적이 일치하는 경우와 지적이 근소하게 불일치하는 등의 경우에는 동일한 토지로 보아야 할 것이다. 건물에 관한 등기가 어떤 건물을 공시하는 효력이 있는지 여부는, 등기부에 표시된 건물의 소재지번, 종류, 구조와 면적 등이 실제건물과의 사이에 사회통념상 동일성 또는 유사성을 인정될 정도로 합치되는지의 여부에 따라 결정된다.(대법원 1955. 2. 23. 선고 64다 1664 판결)

14) 중복등기 발생원인에 관하여는 박영식, 앞의 논문, 338면; 손지열(1988), 앞의 논문, 420면; 유원규, 「민사판례연구」, 1992, 4면 각 참조.

의 색출을 용이하게 하기 위하여 등기부의 보조장부로 색출장을 동·리 별로 비치하여 지번순에 따라 등기부의 책수, 장수, 등기번호 등을 기재 함으로써 등기된 부동산을 쉽게 찾아볼 수 있도록 되어 있었다.

그러나 만약 등기공무원이 과오로 위와 같은 기재사항을 누락하게 되면 당해 부동산을 찾을 수 없게 되어 기등기 부동산을 미등기로 알고 다시 동일한 부동산에 대하여 소유권보존등기 등을 하게 됨으로써 중복 등기가 생긴 예가 많았다. 그러나 1976년 5월부터 시작된 부동산 등기부 카드화 이기작업과 1978년 11월 3일 등기 제365호 통첩 부동산 등기카드 지번 순번 편철요령(대법원 등기예규 제335호 종전예규 35항)에 따른 모든 작업이 전국적으로 완료된 이후는 등기공무원의 중대한 과실에 기인하지 아니하고는 중복등기의 발생가능성이 현저히 낮아졌다.

Ⅲ. 중복등기 효력에 관한 대법원 판례

『부동산등기법』에 규정된 1부동산 1용지주의 원칙의 중량감을 느끼는 정도 및 부동산등기제도의 본질적 기능에 관한 견해 차이에 따라 중복등기의 효력에 관한 견해가 필연적으로 크게 세 가지로 나올 수밖에 없다. 1부동산 1용지주의 원칙을 강요하여 『부동산등기법』에 규정된 절차를 위배한 후차보존등기는 말소되어야 한다는 주장이 첫 번째이고(절차법설), 반면에 1부동산 1용지주의 원칙은 등기공무원의 형식적 심사단계에서 의미를 가질 뿐이지 일단 등기공무원의 심사단계에서 『부동산등기법』 제55조 제2호 규정에 따라 각하되는 등 걸러지지 않은 채 일단 경료되고 난 뒤의 2개의 등기 상호간의 효력은 실체적 권리관계를 공시해야 한다는 등기제도의 본질적 기능에 부응하여 판단해야 한다는 견해가 그 두 번째이고(실체법설), 위 양자 견해 사이의 절충적인 견해가 세 번째 주장일 것이다.

대법원은 처음에는 절차법설을 채택하여 후차보존등기와 이를 기초로 한 다른 등기는 무조건으로 무효라는 입장으로 일관¹⁵⁾하다가 대법원 1978. 12. 26. 선고 77다2427 전원합의체 판결에서 “부동산등기법 제15조에서 1부동산 1용지주의를 택하고 있는 결과로서 이른바 2중등기가 허용되지 않는다고 하는 것은 등기수리단계에 있어서의 절차법상의 요건에 지나지 않는다고 이해되어야 할 것이므로 현실적으로 동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복하여 보존등기가 이루어지고 또 이것이 그대로 존속하여 소송절차에서 서로 그 등기의 효력을 다투는 경우에 있어서는 법원으로서는 그 실체적 관계에 들어가서 어느 것이 진실한 소유권에 기하여 이루어진 것인가를 확정함으로써 그 유무효를 결정하는 것이 옳다고 할 것이다.”며 대법원 1961. 4. 6. 선고 4293민상30 판결만을 그대로 유지하고 이와 배치되는 종전의 다른 판결들을 폐기하였다.

이 1978년 전원합의체 판결에 관하여 대법원이 실체법설을 채택한 것으로 보는 견해¹⁶⁾와 종전의 대법원 판결들이 순수한 절차법설에 따라 후차등기는 무조건 무효라고 보아왔던 견해를 절차법적 절충설로 변경한 것으로 보이는 견해¹⁷⁾가 대립되어 있다. 그 후의 대법원 판결들 모두 판결을 실체법설을 취하는 것으로 이해한 것으로 보이는 판결들¹⁸⁾과 절차법적 절충설을 취하는 것으로 이해한 것으로 보이는 판결¹⁹⁾이 있는

15) 박영식, 앞의 논문, 348면 이하 참조 77다2427호 전원합의체 판결 이전에도 대법원 1961. 4. 6. 선고 4293민상30 판결만은 실체법설을 택한 것으로 이해되고 있다.

16) 관윤직, 앞의 책, 86면; 김항식, 앞의 논문, 143면; 고상용, 앞의 책, 93면; 송덕수, 앞의 책, 473면; 김준호, 앞의 책, 474면; 손지열, 앞의 논문, 407면.

17) 근거로서 1990년 전원합의체 판결에서 1978년 전원합의체 판결을 폐기하지 않은 점, 등기명의인을 달리한 중복등기의 경우에 한정된 점, 후차등기의 유무효의 판단기준을 현재의 등기명의자 간의 권리관계가 아닌 보존등기명의자 간의 권리관계로 하고 있는 점 등을 들고 있다.(유원규, 앞의 논문, 9면)

18) 대법원 1981. 2. 10. 선고 80다2027 판결; 대법원 1981. 9. 8. 선고 80다1513 판결. 두 판결들은 1990년 전원합의체 판결에서 폐기되었다.

19) 대법원 1979. 12. 26. 선고 79다1555 판결; 대법원 1981. 9. 8. 선고 81다212 판결.

등 중복등기의 효력에 관한 판결 상호간에 혼란이 계속되다가 대법원 1990. 11. 27. 선고87다453 전원합의체 판결에서 “동일 부동산에 관하여 등기명의인을 달리하여 중복된 소유권보존등기가 경료된 경우에는 먼저 이루어진 소유권보존등기가 원인무효가 되지 아니하는 한 뒤에 된 소유권보존등기는 비록 그 부동산의 매수인에 의하여 이루어진 경우에도 1부동산 1용지주의를 채택하고 있는 부동산등기법 아래에서는 모두 무효라고 해석함이 상당하다고 할 것인바, 원고가 소외 망인으로부터 그 소유인 토지를 매수하고 이미 망인 명의로 소유권이전등기가 경료되어 있던 위 토지에 관하여 원고 명의의 소유권보존등기를 경료한 경우 망인 명의의 소유권이전등기의 토대가 된 소유권보존등기가 원인무효라고 볼 아무런 주장, 입증이 없다면 원고가 위 망인으로부터 위 토지를 매수하였다고 하더라도 위 망인 명의의 소유권이전등기에 기하여 소유권이전등기를 경료하지 아니하고 소유권보존등기를 경료한 이상 뒤에 경료된 원고 명의의 소유권보존등기는 이중등기로서 무효라고 할 것이므로”라고 판시하였다. 이 판결은 절차법적 절충설을 채택한 것으로 이해되고 있다.

중복등기에 관한 대법원의 태도를 이해함에 있어 복수로 개설된 등기 부상의 등기명의인이 동일인인 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 전자의 경우는 (순수)절차법설, 후자의 경우는 절차법적 절충설로 이해하는 견해도 있으나 전자의 경우 (순수)절차법설과 절차법적 절충설 간의 차이가 없으므로 판례의 태도는 절차법적 절충설로 통일되게 이해될 수 있다.²⁰⁾ 동일인 명의의 복수의 등기부가 있는 경우 선차등기가 원인무효가 되는 경우는 전혀 발생하지 않기 때문이다. 판례는 중복등기를 보존등기에 한정하고 있고, 현재의 권리상태 부합 여부가 아닌 보존등기 명의자 간의 권리관계를 후차등기의 유무효 판단기준으로 하고 있을

두 판결은 1990년 전원합의체 판결에서 인용되고 있다.

20) 유원규(민사판례연구, 1992), 앞의 논문, 15면 참조.

뿐만 아니라 1978년 전원합의체 판결에서 원심판결의 파기사유로 심리 미진의 위법을 들고 있는데 미진한 심리의 대상이 선차등기에 원인무효 사유가 있는지 여부, 즉 선차등기의 실체관계를 다시 충분히 심리할 것을 지적하였다고 이해할 수 있으며, 이렇게 이해한다면 이 판결이 1990년 전원합의체 판결에서 파기되지 않은 이유도 함께 설명된다 할 것이다.²¹⁾

또한, 대법원은 “멸실 후 중복으로 회복된 각 소유권이전등기의 바탕이 된 각 소유권보존등기가 동일한 등기인지 중복등기인지, 중복등기라면 그 각 소유권보존등기가 언제 이루어졌는지가 밝혀지지 아니한 경우에는 멸실 후 회복된 소유권이전등기의 각 회복등기 일자나 각 회복된 전등기의 접수 연월일이나 전등기의 원인 일자의 선후로 각 회복등기의 우열을 가릴 수는 없다.”고 판시²²⁾하였다가 대법원 2001. 2. 15. 선고 99다 66915 전원합의체 판결에서 위와 같은 경우 중복등기의 해소가 불가능하므로 적법하게 경료된 것으로 추정되는 각 회복등기 상호간에는 각 회복등기 일자선후를 기준으로 우열을 가려야 할 것이라고 변경되었다.

IV. 중복등기 효력에 관한 학설

중복등기 효력에 관하여는 절차법설, 실체법설, 절충설의 견해가 대립되어 있다. 절차법설은 선차등기가 되어 있는 이상 시간적으로 뒤에 경료된 후차등기는 실체관계에 부합하는 여부를 가릴 것 없이 무효라고

21) 1978년 전원합의체 판결을 폐기시키지 않은 것에 관해 강한 의문을 제기하는 주장은 유원규(민사판례연구, 1992), 앞의 논문, 8면 참조.

22) 대법원 1995. 6. 30. 선고 94다49274 판결; 대법원 1996. 11. 29. 선고 94다60783 판결.

한다.²³⁾ 실체법설은 선후차등기의 각 경료된 시기의 선후가 아니라 어느 등기가 현재의 권리의 실체관계에 부합되는지 여부에 따라 그 효력을 판단하여야 한다고 주장한다.²⁴⁾ 절충설은 그 절충의 방법과 정도에 따라 다양한 견해²⁵⁾가 있을 수 있는데 1990년 대법원 전원합의체 판결과 같이 중복등기는 원칙적으로 무효이지만 선차등기가 원인무효이고 후차등기가 실체 관계에 부합하는 경우에만 유효라고 보는 견해²⁶⁾와 선차등기가 유효했더라도 후차등기가 선차등기명의인의 권리에 터잡아 이루어진 경우까지 유효라고 보는 견해²⁷⁾가 있다.

V. 쟁점별 음미

1. 1부동산 1용지주의

순수절차법설과 절차법적 절충설은 「부동산등기법」 제15조에서 채택한 1부동산 1용지주의를 관철시키고자 하고 있다. 그러나 등기는 부동산물권의 득실변경에 대한 공시방법이므로 이러한 등기제도의 목적과 이상에 비추어 본다면 등기는 형식적 효력요건을 갖추어 적법하게 경료

23) 절차법설은 그 처리상의 명쾌함에도 불구하고, 원인무효임이 밝혀져 어차피 말소되어야 할 등기가 살아남고 진정한 권리자의 등기가 일단 말소되는 등 특히 등기명의인이 다른 보존등기의 경우에 등기비경제적인 측면에서 결정적 결함이 있고, 또 아무런 권한도 없는 선차 등기 명의자가 진정한 권리자의 후차 등기의 말소를 구할 수 있는 법적 근거의 설명이 곤란한 점이 있다.

24) 이영준, 앞의 책, 111면; 김상용, 앞의 책, 166면; 고상용, 앞의 책 98면; 가재환, 앞의 논문, 71면; 손지열, 앞의 논문, 413면.

25) 등기부상 형식적으로 중복등기임이 명백한 경우에는 후차등기를 무효라 하고, 그렇지 않은 경우에는 실체관계에 따라서 판단하여야 한다는 취지의 절충설은 박영진, 앞의 논문, 364면.

26) 박윤직, 앞의 책 85면; 이상태, 앞의 책, 94면

27) 김황식, 앞의 논문, 144면; 송덕수, 앞의 책, 474면

되고 물건변동의 과정을 소상하고 정확하게 반영하는 것이 가장 바람직한 것이나 현실적으로는 등기절차상 적법요건을 갖추지 못한 등기가 등기공무원의 심사단계에서 걸러지지 않은 채 경료되는 경우가 있는바, 이러한 등기가 권리변동의 과정에는 합치되지 않으면서도 현재의 권리상태에 부합하는 경우에 등기의 형식적 효력요건에 집착하여 등기의 효력을 부인해 버린다면 이는 실질적 권리관계의 공시라는 등기의 본질적 기능과 등기운용의 현실을 외면한 처사로서 거래의 안전을 해치는 결과를 가져올 수 있으므로 일찍부터 형식적 효력요건을 결여한 등기이거나 권리변동의 과정에 합치되지 않는 등기일지라도 일단 등기가 된 이상 현재의 권리상태에 부합하는 것이면 유효한 등기로 인정하여 왔다.²⁸⁾

부동산 양수인이 이미 양도인 명의로 등기가 되어 있는데도 중복하여 양수인 명의로 소유권보존등기를 경료한 경우에 있어서도 2개의 등기 중 어느 등기를 유효한 등기로서 존속시킬 것인가는 어느 등기가 현재의 권리상태에 부합하는가에 따라 결정하여야 하고 등기의 형식적 효력요건을 갖춘 여부나 과거의 권리변동과정에 합치되는 여부에 따라 결정할 것이 아님은 마찬가지라고 할 것이다. 개정 『부동산등기법 시행규칙』 제115조 이하의 중복등기정리 규정들은 기본적으로 실체법설의 입장에서 있는 것으로 이해된다.

후차보존등기를 무효화시키는 절차법적 견해들의 약점은 원인무효인 선차등기가 차후에 실체관계에 부합하게 되는 경우나 선차등기가 원인무효는 아니나 후차의 보존등기 또는 그에 터잡은 이전등기가 실체

28) 위조 또는 허위문서에 의하여 양수인 명의로 경료된 등기의 효력에 관하여 1972. 8. 22. 선고 72다1059 판결 및 1980. 6. 10. 선고 79다1212 판결 등 참조; 미등기 부동산에 대하여 양수인 명의로 경료된 소유권보존등기의 효력에 관하여 1963. 4. 25. 선고 62아19 판결 및 1984. 1. 24. 선고 83다카1152 판결 등 참조; 당사자의 합의 없이 경료된 중간생략등기의 효력에 관하여 1971. 5. 24. 선고 702511 판결 및 1980. 2. 12. 선고 79다2104 판결.

관계에 부합하는 경우에도 말소시켜야 한다는 것이다. 이는 위에서 본 등기제도의 목적과 그에 따른 일련의 대법원 판례들의 일관된 태도로서는 쉽게 납득할 수 없는 결론이다. 보다 기본적으로 법치주의하에서 진정한 권리자에게 희생을 강요한다는 점에서 정의에 반하고, 진정한 권리자에게 후차등기 말소와 선차등기 말소 후 새로운 보존등기를 해야 하는 등기비경제를 강요한다는 점에서 대단히 비합리적이고 비실용적이다.

중복등기사안 중 학설대립이 첨예하게 나타나는 정당한 권리자(선차등기 명의인)로부터 매수한 사람이 이전등기를 받지 않고 보존등기를 한 경우 양도인의 선등기는 등기의 형식적 효력요건을 갖추었고 과거의 권리변동과정에 합치되긴 하나 현재의 권리상태에는 부합하지 않는 등기인 반면에 양수인 명의의 후등기는 비록 보존등기 신청권이 없는 자의 등기로서 형식적 효력요건을 결하고 또 권리변동의 과정에 합치되지 않으나 현재의 권리상태에는 부합하는 등기이므로, 위에서 본 이치에 따라 마땅히 양수인 명의의 후등기를 유효한 등기로 존속시키고 양도인 명의의 선등기는 이를 폐쇄하여 중복등기 상태를 종식시켜야 할 것이다. 양도인이 이중으로 매도한 경우에 있어서 양도인의 선등기를 유효로 본다면 양도인의 이중매매라는 부정행위로 이루어진 2차매수인의 등기가 그보다 앞서게 된 1차매수인의 등기보다 우선하는 결과가 되어 정의의 관념에 반하므로 후등기를 유지함으로써 2차매수인의 제3자보다 1차매수인인 양수인을 더 보호하는 것이 옳다고 생각한다.²⁹⁾

2. 부동산거래의 안전

절차법적 견해들은 실체법설이 부동산거래의 안전을 보호하는 데

29) 1990년 전원합의체 판결 소수의견 참조.

지장이 있다고 한다. 즉 중복등기에서 선차등기의 지위와 후차등기의 지위를 일응 우열 없이 동등하게 보고 나서 어느 쪽이 진정한 권리를 표상하는가를 가려 무권리자의 등기를 무효화함을 의미하는바 그렇게 중복등기 문제를 처리한다면 이미 선차등기 있음을 알고 있는 어떤 무권리자가 자기가 쉽사리 패소하지는 않게 되었다 하여 또는 실체적 권리 유무를 가려내는 복잡한 소송에서 재수 좋으면 승소까지도 바랄 수 있다는 생각에서 등기공무원과 공모하거나 정을 모르는 등기공무원의 부주의를 틈타서 후차등기를 자행하는 일이 많아질 염려가 있고, 이미 무권리자에 의하여 이루어진 선차등기 있음을 알고 있는 진정한 권리자도 구태여 선차등기의 말소를 소구할 생각은 않고 언젠가 선차등기 명의인이 소송을 걸어 왔을 때 이에 응소하여 승소해도 늦지 않다는 생각에서 안심하고 후차등기를 감행하여 중복등기의 실례를 증가시킬 염려가 있고, 후차등기 있음을 알고 있는 선차등기 명의인은 자기가 무권리자인 때에는 물론이요 자기가 진정한 권리자인 때에도 종래 판례와 같이 쉽사리 승소하는 것이 아니기 때문에 후차등기말소를 위한 소제기를 주저하거나 지연함으로써 선차등기의 줄기와 후차등기의 줄기와의 두 줄기의 무한히 뻗어나가는 전득자 수를 증가시켜 불측의 손해를 볼 사람이 늘어갈 염려가 있고, 선차등기 있음을 알고 있는 후차등기 명의인(진정한 권리자이건 무권리자이건)도 바쁠 것 없다 하여 선차등기 말소청구를 서두르지 않는 바람에 불측의 손해를 볼 이해관계인의 수효를 늘릴 염려가 있다고 한다.³⁰⁾

그러나 이미 등기용지의 카드화가 진척되고 개정 『부동산등기법』과 동 시행규칙에 중복등기 정리절차가 마련되어 있어 등기공무원의 심사 단계에서 걸러지지 않거나, 사후적으로 정리되지 않는 중복등기의 발생 가능성이 현저히 낮아지고 있어 실체법설을 비난하는 논리로는 적절치

30) 1978년 전원합의체 판결 소수의견 참조.

않다. 오히려 부동산거래의 안전은 중복등기의 현존으로 인하여 선차등기와 관련된 이해관계인들과 후차등기와 관련된 이해관계인들 모두에게 동등하게 위협이 되고 있을 뿐만 아니라 이는 중복등기 효력문제가 아닌 등기의 공신력이 인정되지 않은 데서 비롯된 문제이므로 한층 더 그러하다.

3. 입증책임의 분배

이상에서 보듯이 중복등기의 효력을 다룸에 있어 실체법설이 이론적으로는 보다 설득력이 있으나 선차등기와 후차등기 중 어느 것이 실체관계에 부합하는지 밝혀지지 않는 경우에 실체법설에 의하면 어느 등기도 말소할 수 없고 따라서 중복등기의 병리현상이 치유되지 않고 방치되게 되는 치명적 약점이 있다. 이에 반하여 절차법적 견해는 선차등기를 우선시킴으로써 이를 해결하고 있다. 절차법적 절충설도 이러한 실체법의 난점을 피해가고 있지만, 절차법설을 근간으로 하고 있고 절차법설의 논거는 위에서 보듯이 논리의 순수성과 완결성이 보다 부족해 보인다.

절차법적 견해들은 실체법설이 등기의 추정력을 부인하는 결과를 초래한다고 비판한다. 무릇 등기가 있으면 그 등기에 대응하는 실체법상의 권리가 존재하는 것으로 추정한다(법률상 추정설). 설사 사실상 추정설에 따른다 하더라도 등기기재 사항은 반증이 없는 한 진실한 것으로 추정된다. 그런데 실체법설에 따르면 동등한 지위에 서게 될 선차, 후차의 양 등기는 각자의 추정력이 서로 충돌하여 결국 양쪽의 등기추정력이 상계되어 소멸하는 결과가 된다. 등기의 추정력은 등기명의인이 진정한 권리자이건 무권리자이건 막론하고 주어지는 것이다. 선차등기 명의인은 그가 진정한 권리자이건 무권리자이건 일단 먼저 추정력을 부여받았던 사람이다.

그런데 후차등기의 등장으로 말미암아 추정받는 기득권을 상실하고

입증책임의 분배에 있어서 중대한 변화를 가져오게 된다. 이는 부동산물 권변동에 관한 일반적 질서를 유지하고 소송상의 분쟁을 입증책임의 분배로서 간결하게 해결하려는 등기추정력의 취지를 몰각하는 셈이 된다. 특히 선차등기 명의인이 진정한 권리자인 경우 무권리자의 후차등기 때문에 입증의 곤란으로 인하여 괴로움을 당할 경우를 상상하면 더욱 그러하다. 원래 등기에 추정력을 준 근거는 등기의 실체에 있어서 적법한 경우가 원칙적이고 부적법한 경우는 예외적이라는 경험에서 우러나왔다고 본다. 이 이치를 중복등기에 원용한다면 선차등기는 일반적으로 적법한 것이 원칙이고 예외적으로 부적법하다는 이치에 도달하며 따라서 후차등기가 적법하고 진정권리자에 의한 경우는 예외적이라는 결론이다.

그렇다면 이 ‘예외적’인 후차등기의 진정권리자는 등기제도, 1부동산 1용지주의, 등기추정력 등의 부동산질서를 위한 일련의 ‘원칙적’제도 아래에서는 마땅히 희생이 되어 종래의 판례가 안고 있는 폐단 즉, 진정 권리자인 후차등기인이 우선 종래 판례에 의하여 패소하여 자기등기를 먼저 말소당한 후 무권리자인 선차등기인을 상대로 제소하여 승소로써 선차등기를 말소시킨 다음 자기가 새로이 보존등기를 하여야 하는 번거로움 짙은 참아야 한다고 주장한다.³¹⁾

그러나 중복등기에서 선차등기에 등기추정력을 인정한다는 것이 절차법적 견해에서만 어울리는 것이 아니고, 실체법설에서도 주장할 수 있는 논리이다.³²⁾ 즉, 등기추정력과 그로 인한 입증책임 분배문제는 선차등기를 유효로 해야 하느냐 후차등기를 유효로 해야 하느냐와는 차원을 달리하는 민사소송절차상의 논점이다.

어차피 중복등기효력이 문제되는 것은 실체심리를 하는 과정에서 실체적 소유자가 드러나지 않을 때이고,³³⁾ 이 경우 민사소송법상 입증책

31) 주 30 참조.

32) 손지열(1983), 앞의 논문, 64면.

임 분배이론으로 해결해야 한다는 것은 절차법설이건 실체법설이건 양자에서 모두 가능하다. 그렇다면 일관되게 실체법설에 따라 중복등기를 해소해야 한다는 주장에 아무런 장애가 발생하지 않는다.

만약 더 나아가 독일의 통설·판례와 같이 중복등기에서 선차등기와 후차등기의 등기추정력이 서로 상쇄되어 어느 등기명의인도 그 추정력을 원용할 수 없다는 반론이 제기되면, 다시 실체법설은 중복등기를 해소할 수 없게 될 것이다. 이때에는 「부동산등기법」 제5조 “동일한 부동산에 관하여 등기한 권리의 순위는 법률에 다른 규정이 없는 때에는 등기의 전후에 의한다.”라는 규정을 적용 또는 유추적용하여 선차등기에 우선적 효력을 인정함으로써 해결할 수 있을 것이다.

또한 절차법적 견해 역시 독일 통설·판례와 같이 등기추정력이 상쇄된다는 반론에 대하여는 속수무책으로 중복등기상태를 해소할 수 없을 것이다. 이는 중복된 멸실회복등기에서 각 소유권이전등기 간의 우열판단을 하지 못한 채 동일사안에 관하여 3번의 판결을 내면서 우왕좌왕했던 대법원 판례의 진통³³⁾을 보면 잘 알 수 있고 따라서 이 쟁점은 중복등기효력에 관한 학설의 논거로서는 부적절하다고 여겨진다.

VI. 결 론

중복등기는 동일한 부동산에 관하여 보존등기가 중복된 경우로 한정해야 한다.

중복등기에 관하여 절차법설(절차법적 절충설을 포함)과 실체법설은 공시제도의 이상이 요구하는 두 요건 중 한쪽만을 강조하고 있으므로 숙명적으로 다투어질 수밖에 없다. 그러나 부동산물권의 득실변경에

33) 이영준, 앞의 책, 111면.

34) 주 23 판결과 대법원 2001. 2. 5. 선고 99다66915 전원합의체 판결.

대한 공시방법으로 등기제도의 기능 내지 목적에 관하여 등기제도는 부동산에 대한 실체적 권리관계를 공시하는 데에 있고 1부동산 1용지주의라는 등기의 형식적 절차요건은 이러한 기능을 뒷받침하는 데 불과하다고 본다면 실체법설이 논리적으로 보다 우수하다. 즉 1부동산 1용지주의는 등기제도의 본질적 기능에 비추어 본질적 요소라기보다는 필요조건일 뿐이다. 따라서 1부동산 1용지주의에 위배되어 신청된 등기가 부동산등기법상 등기공무원에 의해 각하되거나 사후적으로 중복등기가 정리되더라도 이는 등기공무원의 형식적 심사단계 차원에서이다.

물론, 등기공무원의 형식적 심사단계를 통과한 뒤 재판에 현출된 중복등기도 반드시 해소되어 1부동산 1용지 원칙은 언제나 관철되어야 하기에 중복등기의 효력을 살펴보아야 한다.

부동산거래 안전보호라는 논점에서 살펴볼 때 이는 등기의 공신력 문제로 파악될 뿐이지 선차등기와 후차등기 중 어느 등기를 취하느냐에 대한 어떠한 시사도 주지 못하고 있다. 절차법적 견해는 선차등기를 우선시키는 논거로 등기추정력과 입증책임분배를 들고 있으나 이 또한 민사소송법적 논란일 뿐이다. 즉 실체법설에서도 어느 등기가 실체관계에 부합하는지 여부가 밝혀지지 않은 경우의 난점을 해결하기 위해 선차등기의 추정력을 인정한다 하더라도 논리의 모순이 없다.

만약 민사소송법적 논점에서 중복등기의 경우 등기추정력이 상쇄된다고 한다면, 「부동산등기법」 제5조 규정을 적용 또는 유추적용하여 선차등기의 우선적 효력을 인정할 수 있을 것이다.

따라서, 절차법적 절충설로 이해되고 있는 1990년 대법원 전원합의체 판례는 실체법적 견해로 변경되어야 할 것이다.

(투고일 2008년 5월 16일, 심사일 2008년 5월 23일, 게재확정일 2008년 5월 30일)

주제어 : 중복등기, 중복보존등기, 중복된 멸실회복등기, 1부동산 1용지주의, 등기추정력, 입증책임분배

[Abstract]

Who wins in the Battle of the Double or More Record Titles

Bong-Joo Hong*

This article focuses on how to decide the record owner in case of the double or more record titles. The Real property Recording Act Article 15 clause 1 states every real estate should only one grantor-grantee index. Two or more indexes should not be searched with regard to any estate.

During the Korean war some public records offices were burned out. After the war, some lot numbers have been united or divided. These unsatisfactory situations make the double or more indexes possible.

The definition about the double or more record titles may be differently considered ; such as only original title or any titles on the chain of the title. I focus on a original title.

The rule of “one index-one estate” forces to choose which title indicates the owner among the double or more record titles. To solve this problem, there are two approaches; one is “prior in time, prior in effect” whereas the other is “bona fide owner in effect”. The judicial precedent takes the former. But the latter is more logic, justifiable and shortcut. I hope the Supreme court adopt the theory of “bona fide owner in effect”.

Key Words : battle of the doble or more record titles, one index—one estate, owner of title, prior in time, prior in effect, bona fide owner in effect

* Associate Professor, College of Law, Konkuk University