

假登記의 效力

金 亨 洙*

目 次

- | | |
|-----------------------------|-----------------------------|
| I. 序 論 | 所有權 移轉登記가 經了된 경우 |
| II. 假登記의 效力 | 3. 所有權 移轉請求權保全의 假登記後의 第3者에게 |
| 1. 本登記 順位保全의 效力 | 制限物權 設定의 登記가 된 경우, 또한 制限物權 |
| 2. 假登記 自體의 效力 | 設定 請求權保全의 假登記後에 第3者에게 所有權 |
| III. 假登記에 基한 本登記 申請節次 | 移轉登記가 된 경우 |
| 1. 問題의 說明 | IV. 結 論 |
| 2. 所有權 移轉請求權保全의 假登記後에 第3者에게 | |

I. 序 論

不動産 登記法 第3條에 의하면 假登記는 같은法 第2條에 揭記한 權利인 所有權, 地上權, 傳貰權, 抵當權, 賃借權이 設定, 移轉, 變更 또는 消滅의 請求權(그 請求權이 始期附 또는 停止條件附인 때 기타 將來에 있어서 確定될 것인때에도 같다)을 保全하러 할때 행해지며 같은 法 第6條2項에는 「假登記가 행해진 후에 本登記가 행하여지면 그 本登記의 順位는 假登記의 順位에 의한다」고 規定되어 있다.

요컨대 假登記라 함은 不動産物權 또는 不動産賃借權의 變動을 目的으로 하는 請求權을 保全하러 할때와 이들 請求權이 始期附 또는 停止條件附이거나 기타 將來에 있어서 確認될 것인때에 本登記의 順位를 保全하기 위하여 하는 豫備登記라고 할 수 있다.¹⁾ 假登記制度는 物權變動을 目

1) 郭潤直, 「物權法」, 博英社, 1980, p.104.

※ ①本登記라 함은 物權의 得失變更이라는 登記의 本來의 效力을 발생케 하는 登記를 말한다.우리가 보통 登記라 하면 主登記와 本登記를 말한다. 民法 第186條, 第187條 參照.

② 豫備登記란 本登記에 對立하는 것으로서, 物權變動이라는 登記의 終局的 效力과는 직접 관계가 없고 다만 間接的으로 이에 對備하여서 하는 準備的 性質을 가진 登記를 말한다.

* 社會科學大學 專任講師

므로 하는 請求權이 發生되었거나 請求權이 發生될 法律關係만이 이루어져 아직 本登記를 할 수 없는 경우에 이러한 法律問題를 登記簿에 公示하여 그 順位를 確保할 수 있는 便利한 點에 反應하기 위하여 考案된 登記制度이나 假登記의 本體的 效力은 本登記의 順位를 保全하는데 있는 것이고 이 保全된 順位가 현실로 意味를 가질 수 있는 것은 假登記가 本登記로 높여진 때에 한하는 것이므로 本登記가 없는 限 假登記 自體로서는 아무런 實體法上的 效力도 없는 것이다.

따라서 假登記가 있더라도 假登記 義務者인 本登記名義人은 그 所有의 不動產을 處分(第3者에게 所有權을 移轉하거나 또는 制限物權을 設定하는 것)할 權利를 잃지 않는다고 判例 學說은 說明하고 있다.²⁾ 이러한 判例學說은 우리나라 不動產登記法 第6條2項에 「假登記를 한 경우에는 本登記가 行하여졌을 때 本登記의 順位는 假登記의 順位에 의한다」고 規定하고 있을 뿐이며 民法上 假登記의 效力에 關하여 전혀 規定하고 있지 않기 때문이다. 그리고 假登記는 登記의 本來의 效力인 物權의 變動(또는 對抗力)과는 直接的인 關係는 없지만 假登記에 基한 本登記가 經了되는 경우에는 假登記의 順位保全의 效力의 結果 假登記後의 中間處分의 登記는 登記公務員이 職權으로 抹消하게³⁾ 되는 強力한 힘을 갖게 될 뿐만 아니라 그 假登記節次가 比較적 簡便하고⁴⁾ 低廉하여 金錢債權의 擔保를 위하여 擔保制度로 널리 利用하고 있는 실정이다. 이와같이 債權擔保의 手段으로 盛行되고 있는 假登記의 效力問題는 本登記後의 假登記의 效力에 關한 문제이나 假登記의 效力은 本登記後에만 문제되는 것은 아니며 本登記前의 假登記의 效力을 어떻게 파악하느냐에 따라서 本登記後의 效力에 큰 影響을 줄 수 있을 뿐만 아니라 豫備登記에 불과한 假登記가 그 自體로서 實體法上 또는 節次法上 어떤 效力 내지 地位를 갖느냐 하는 문제가 解決되지 않으면 假登記에 基한 本登記의 實行節次上의 體系的인 解釋이나 合理的인 運用에 큰 困難을 초래하게 된다.

지금까지 假登記效力에 關하여 다음과 같이 몇가지 문제들이 學論되어 왔다.

첫째로 假登記의 順位保全의 效力에 關한 理論構成問題와 假登記後 그 本登記前에 假登記義務者가 處分한 第3者에로의 이른바 中間處分의 效力問題이고 둘째로 假登記權利者가 그 本登記를 함에 있어서 그 節次上의 問題이며 셋째로 假登記自體의 實體法上 또는 節次法上에 있어서 어떤 效力 내지 어떤 地位를 갖는가 하는 問題들이다. 예를 들면 甲으로부터 乙에게 所有權移轉의 假登記가 있고 그 후에 甲으로부터 丙에게 所有權移轉의 本登記가 있는 경우에 乙의 假登記를 本登記로 하는 節次는 어떻게 하여야 할 것인가? 또는 乙의 本登記經了後의 丙의 本登記된 權利의 效力은 어떻게 다루어야 할 것인가? 이에 關해서 우리 民法이나 不動產登記法에는 아무런 規定이 없기 때문에 從來 이 점에 關하여 學說·判例의 見解가 매우 區區하여 動搖하고 있다.

2) 大判, 1966. 5. 24. 66다 485.

金曾漢, 「物權法講義」, 博英社, 1984, pp. 80~81.

郭潤直, 上揭書, p. 181.

金容漢, 「物權法論」, 博英社, 1983, p. 173.

3) 「大法院 全員會議體 判決集」, 法院行政處, 1962, p. 13.

大判, 1963. 7. 25, 63다53判決, 大判, 65. 3. 31, 65마97. 등.

4) 不動產登記法 第37條 第38條 參照.

특히 假登記制度的 實體法上 順位保全效力을 發揮하기 위해서는 假登記에 基한 本登記로 높이는 節次의 先決이 가장 重要한 問題가 될 것이다.

위와 같은 問題는 獨逸에서나 日本에서도 우리나라에 있어서와 같이 實體法과의 사이에 틈(Luke)이 생겨 解釋이나 運用에 많은 어려움과 論難을 겪고 있다.⁵⁾ 그러나 獨逸에서는 獨民法 第883條 第2項과 第888條 第1項과 第2項에 登記義務者에게 中間處分의 效力을 喪失시키고 本登記를 請求하는 것과 第三取得者의 本登記에 대한 同議書(承諾書)를 請求할 權利를 規定하고 있으며,⁶⁾ 또한 日本에서는 日本 不動產登記法 第105條를 新設하여⁷⁾ 假登記에 基한 本登記의 節次問題를 해결하고 있다.

그러나 우리나라는 不動產登記法이나 民法典에는 獨民法 第883條 第888條와 같은 規定이나 日本不動產登記法 第105條와 같은 規定이 없기 때문에 假登記에 基한 本登記節次가 매우 문제가 되고 있다. 大法院의 특이한 判例理論이나⁸⁾ 假登記에 基한 本登記節次に 關한 諸學說도 이 假登記에 基한 本登記로 높이는 節次問題를 解釋論의 으로 確然하게 解決을 못하는 실정이다. 또 이 問題點解決을 위한 解釋論의 展開에 있어서 日本의 有力한 學說과 判例理論이 결정적인 影響을 주고 있는 것도 사실이다. 이처럼 假登記效力에 關하여 어려운 問題가 생기게 되는 것은 日本不動產登記法이 獨逸民法의 假登記制度를 繼受하면서 그 一部分을 繼受하고 다시 그것이 우리나라에 繼受하면서 또 그 一部分을 옮겨 놓은데 緣由된 것이다.

5) Staudingers, Kommentar zum BGB. 11. Aufl., III. Band I. teil, S.214. Westermann, Sachenrecht. 5. Aufl., S.414.

安二濬外, 「現代民法學의 諸問題」, 博英社, 1981, p.130.

6) 獨民法 第883條 內容(假登記의 本質과 效力)

① 不動產物權이나 不動產에 設定된 權利 위의 權利의 讓渡나 消滅의 請求 또는 그러한 權利의 內容이나 順位의 變更의 請求權을 保全하기 위하여 不動產登記簿에 假登記할 수 있다.

假登記는 將來의 請求權 또는 條件附請求權의 保全을 위해서도 이를 할 수 있다.

② 假登記후에 不動產 또는 權利에 關하여 行한 處分은 請求權을 侵害하는 限度에서 效力이 없다. 假押留에 의한 處分 또는 破產管財人에 의한 處分에 關해서도 同一하다.

③ 請求權이 權利의 讓渡에 關제된 경우에는 그 權利의 順位는 假登記의 順位에 의하여 定한다. 또 獨民法 第888條 內容(假登記된 請求權의 實行)

① 假登記된 權利 또는 그 權利上의 權利의 取得이 假登記로 인하여 利益을 받을 者에 대하여 無效인 경우에는 假登記로 保全된 請求權의 實行에 필요한 登記나 登記의 抹消을 위하여 取得者에 대하여 그 同意를 要求할 수 있다.

② 請求權이 讓渡禁止에 의하여 保全된 때에도 또한 같다.

7) 日本 不動產 登記法 第105條 內容

① 第146條 1項의 規定은 所有權에 關한 假登記를 한 후 本登記를 申請하는 경우에 이를 準用한다.

② 前項의 경우에 있어서 本登記를 한 때에는 登記用紙中 相當區事項欄에 第3者의 權利의 表示를 하고 同項의 本登記를 함으로써 抹消한다는 뜻을 記載하고 그 登記를 抹消하여야 한다.

※ 日本登記法 第146條1項 前段은 「登記의 抹消를 申請하는 경우에 있어서 그 抹消에 關하여 登記上 利害關係 있는 第3者가 있는 때에는 申請書에 그 承諾書 또는 이에 對抗할 수 있는 裁判의 謄本을 添附하여야 한다」고 規定되어 있다. 이에 該當되는 우리 登記法의 規定은 第171條이다.

8) 大判, 1962.12.24, 4294. 民再抗675號 決定 參照.

本稿에서는 假登記의 效力을 다루는데 있어서 假登記에 基한 本登記節次問題에 대하여 특히 重點을 두어 종래의 學說·判例를 中心으로 하여 假登記效力을 考察함으로써 假登記效力에 관한 問題點 解決의 立法論을 展開하고자 한다.

II. 假登記의 效力

1. 本登記 順位保全의 效力

가. 意義

不動産登記法 第6條2項은 「假登記를 한 경우에는 本登記의 順位는 假登記의 順位에 의한다」라고 規定하고 있는 바 이는 假登記의 效力에 관한 唯一한 規定이다. 그것은 假登記가 行하여진 후에 本登記가 行하여지면, 그 本登記의 順位는 假登記의 順位에 의한다는 것을 말한다. 여기에 서 本登記의 順位가 假登記의 順位에 의한다는 뜻은 本登記의 物權變動을 일으키는 效力이 假登記 당시에 遡及한다는 것이 아니라, 단지 本登記의 順位가 假登記의 順位로 遡及한다는 것이다.⁹⁾ 바꾸어 말하면 本登記의 效力은 一般原則에 따라 登記를 한 때에 생기지만, 다만 그 順位만이 假登記의 順位로 된다는 것이다. 즉 假登記가 되어 있다 하더라도 그 自體로서는 아무런 權利를 取得할 수 없으며, 또한 假登記義務者의 處分權을 制限하는 效力도 없다 할 것이다.

예를 들면 甲으로부터 乙에게 所有權移轉에 관한 假登記가 있고 그 후 甲으로부터 丙으로의 所有權移轉의 本登記가 있는 후 다시 乙의 假登記에 基하여 本登記가 行하여지면 乙의 本登記는 비록 그것이 丙의 本登記 보다 늦게 行하여진 것이지만 丙의 本登記에 優先하게 되며, 丙의 所有權取得은 乙에 대한 관계에서는 그 效力을 喪失하게 된다. 만일에 抵當權設定인 경우에 있어서도 마찬가지로 丙의 抵當權은 後順位가 된다. 이와 같이 假登記는 順位保全의 效力이 있고 假登記에 基하여 本登記를 하면 그것에 抵觸되는 中間處分의 本登記를 갖추고 있더라도 假登記에 抵觸되는 範圍에서 모두 效力을 잃거나 後順位가 된다. 이와 같은 것을 登記簿上의 技術으로써 假登記를 할 때에는 미리 左側에 餘白을 남겨 두고, 후일 假登記에 基한 本登記는 그 餘白에 記載하도록 하고 있다.¹⁰⁾

위와 같은 假登記의 順位保全의 效力은 假登記制度의 立法趣旨로¹¹⁾ 보아도 明白한 것이긴 하지만 「本登記의 順位가 假登記의 順位에 의한다」라는 것이 어떤 理由로 그러하며 順位保全效力의 實質의 內容이 무엇인지 하는 點은 不動産登記法 第6條第2項의 規定만으로는 반드시 明白하다고 할 수 없는 까닭에 從來 이 점에 관하여 學說·判例의 見解가 매우 구구하였다.

9) 金曾漢, 前掲書, p. 80. 郭潤直, 前掲書, p. 184. 金容漢, 前掲書, p. 172. 大判, 1981. 5. 26. 第1部 判決80다 317.

10) 不動産登記法 第61條 第62條 第72條 參照.

11) 「不動産登記法案 理由書」, 日本法典調査會.

나. 順位保全效力의 學說·判例

1) 日本의 判例態도와 學說을 살펴본다. 初期의 日本判例에 있어서는 假登記에 基한 本登記가 이루어지면 그 本登記의 效力 즉 物權變動의 對抗力은 假登記當時에 遡及하여 발생한다고 說明하고 있으며 이와 같은 理致는 物權保全의 假登記에 있어서나 請求權保全의 假登記에 있어서나 마찬가지라고 하였다.¹²⁾ 그 뒤 昭和8年 3月 28日의 大審院判決은¹³⁾ 物權保全의 假登記(日本不動產登記法 第2條1號)의 경우에는 本登記가 假登記當時에 이루어진 것과 本登記가 假登記當時에 이루어진 것과 完全히 同一한 것으로 看做되기 때문에 本登記의 效力 즉 物權變動의 對抗力은 假登記當時로 遡及하여 생기는 까닭에 第三者와의 사이에 행하여진 中間處分은 위 對抗力이 미치는 範圍에서는 存在할 수 없다고 說明하며, 請求權保全의 假登記(日本不動產登記法 第2條2號)의 경우에는 當事者間에 物權變動이 생기는 것은 빨라도 請求權이 實現되는 때(義務履行期)이므로 假登記當時 아직 義務履行期가 到來하지 않았을 때에는 本登記의 效力은 假登記 當時까지는 遡及되지 않고 義務履行期까지만 遡及할 뿐이며, 따라서 義務履行期後 本登記前에 이루어진 中間處分은 對抗力遡及의 結果로 效力을 잃지만(物權保全의 假登記의 경우와 같은 理由로) 假登記後 義務履行期前에 이루어진 中間處分の 失效은 이와는 달리 「假登記에 의한 請求權保全의 效力」때문이라고 說明하여 對抗力이 遡及하되 어느 時期까지 遡及하는가에 관하여 物權保全의 假登記와 請求權保全의 假登記를 區別하였다.¹⁴⁾ 이후 大部分의 判例가 위 判例의 理論을 따르고 있고¹⁵⁾ 最近의 最高裁判所 判例는 本登記의 對抗力이 遡及한다는 表現을 避하고 있는 것처럼 보이나 內容적으로는 역시 對抗力 遡及說을 取하고 있다.

日本의 學說을 살펴 보면 初期의 判例와 같이 本登記의 對抗力이 恒常 假登記當時까지 遡及한다는 說¹⁷⁾ 또는 前期 昭和8年 3月28日의 大審院判決과 같이 物權保全의 假登記의 경우에는 假登記當時까지 對抗力이 遡及하나 請求權保全의 假登記의 경우에는 物權變動이 發生한 時期(혹은 義務履行期)까지만 對抗力이 遡及한다는 소위 物權·請求權 區別說도¹⁸⁾ 있으나 多數說은 對抗力이 遡及한다는 判例에 反對하여 對抗力 不遡及說을 취한다. 즉 「本登記의 順位가 假登記의 順位에 의한

12) 日本判, 大正 3.12.3, 大審院民事判決錄 20輯, p.1046.

同大正4.1.15決定, 大審院民事判決錄 21輯, p.5.

同大正11.6.23.決定, 法律新聞 2030號 p.18.

13) 日民事判例集 12卷, p.375.

14) 日大判, 昭和9.12.28, 同 昭和12.2.26.

我妻榮, 「判例エッセンシャル物權法」, 東京:有斐閣, 1975, p.118.

川島一郎, 「假登記의 效力」 「總合判例研究叢書」(民法6), 昭和 50, p.10.

15) 日大判, 昭和9.12.28.判決, 法律新聞3796號, p.9.

同 昭和12.2.26.判決, 民事判例集 16卷, p.176.

日最高裁判所, 昭和31.6.28判決, 民事判例集 10卷 10號, p.754.

16) 日最高裁判所判決, 昭和36.6.29, 最高裁民事判例集 15卷 6號, p.1764.

同昭和 38.10.8. 最高裁判民事判例集 17卷9號 p.1182.

17) 舟橋諄一編, 「註釋民法(6)」, 東京:有斐閣, 昭和42, pp.351~352.

柚木馨, 「判例物權法總論」, 東京:有斐閣, 昭和30, p.221.

18) 舟橋諄一, 上掲書, pp.351~352. 石田文次郎, 「物權法」, 東京:有斐閣, 昭和20, p.201.

다」는 것은 본登記의 對抗力이 假登記當時로 遡及하여 發生한다는 意味가 아니고, 단지 본登記順位만이 假登記의 順位로 遡及한다고 한다. 즉 본登記의 順位를 決定하는 기준을 假登記時에 遡及하여 취한다는 것을 意味하며 그 결과, 본登記는 假登記當時에 행하여진 것과 同一한 對抗力이 생긴다. 따라서 中間處分도 본登記 후에는 이에 抵觸하는 範圍에서 效力이 없는 것으로 된다. 즉 對抗力은 본登記時부터 생기고 假登記當時로 遡及하여 생기지 않는다고 한다. 學說로서는 이 說이 有力할 뿐만아니라, 下級審 가운데도 이 說을 취한 것이 적지 않다.¹⁹⁾

따라서, 假登記 後 본登記까지의 사이에 假登記義務者가 본登記된 假登記權利者의 物權變動에 抵觸되는 다른 處分行爲를 하였을 경우에 假登記權利者는 그 본登記를 한 物權變動이 마치 假登記 當時에 본登記가 된 것처럼 되어서 第三者에게 對抗할 수 있게 되므로, 假登記義務者의 위와 같은 處分行爲는 처음부터 效力이 없었던 것으로 取扱하게 된다고 한다. 그러나 假登記權利者가 본登記를 한 物權變動의 對抗力은 본登記時에 비로소 發生하기 때문에 본登記前에 있어서의 假登記義務者의 위와 같은 處分行爲의 實質上 效力은 假登記에 基한 본登記가 이루어짐으로써 아무런 影響을 받지 않는다고 한다.

2) 우리나라의 判例·學說을 살펴 본다.

우리나라의 判例·通說에서 「本登記의 順位가 假登記의 順位에 의한다」는 뜻은 본登記의 物權變動을 일으키는 效力이 假登記 當時로 遡及된다는 것은 아니고, 단지 본登記의 順位만이 假登記의 順位로 遡及된다는 意味라고 解釋하여 日本의 多數學說과 같은 見解를 취한다.²⁰⁾

最近 大法院 判決에서도 「假登記는 順位保全의 效力만 있고 후일 본登記가 마쳐진 때에는 본登記의 順位가 假登記한 때로 遡及함으로써 中間處分이 본登記보다 後順位로 되어 失效가 된다는 것일 뿐이다……」라고 明白히 判示하여 日本과는 달리 「遡及效」를 否認한다.

3) 判例·學說에 대한 分析·批判

위에서 살펴 본 判例·學說의 見解는 결국 두 가지로 나누어 진다. 하나는 假登記에 基한 본登記가 이루어지면 그 본登記의 物權變動을 일으키는 效力(또는 對抗力)이 假登記當時로 遡及된다는 對抗力遡及說의 見解(주로 日本判例가 취하는 見解)이고 다른 하나는 본登記의 物權變動을 일으키는 效力(또는 對抗力)이 假登記當時로 遡及하는 것이 아니라, 단지 본登記의 順位만이 假登記當時로 遡及하는 對抗力不遡及說이 見解(우리나라 및 日本의 通說이 취하는 見解)가 그것이다. 一般的으로 中間處分의 失效의 效果가 遡及하는가의 問題는 본登記의 對抗力이 遡及하는가의 問題와 不可分の 關係에 있는데 對抗力遡及說에 의하면 본登記의 權利는 본登記 前부터 第三者에게 對

19) 舟橋諄一, 前掲書, p. 352. 川島一郎, 前掲書, p. 19.

20) 金曾漢, 前掲書, . 80. 郭潤直, 前掲書, p. 110.

金淑子, “假登記에 관한 研究”, 博士學位論文, 延世大學校大學院, 1983. pp. 58~60.

大判, 1981. 5. 26. 宣告 80다 3117 判決, 法院公報 660號 13984.

金顯泰, 「新物權法上」, 一潮閣, 1963. p. 101.

抗할 수 있는 것으로 되므로 中間處分도 本登記 前에 遡及하여 效力을 잃게 된다. 이에 대하여, 對抗力不遡及說에 의하면 本登記의 權利는 本登記 이후에 있어서 第三者에게 對抗할 수 있고 中間處分도 將來에 向하여서만이 效力을 잃게 된다. 생각컨대 物權變動을 일으키는 效力(日民法上 對抗力)이 假登記當時로 遡及된다고 하면 필연적으로 假登記後 本登記前의 法律關係에 影響을 미치게 되고 이는 假登記에 지나친 效力을 認定하는 結果가 될 뿐더러, 假登記의 存在가 假登記義務者의 權利行使를 制限하지 않는다고 하는 것과 矛盾되어 不當하다 하겠다. 예컨대 甲所有의 不動産에 乙이 所有權移轉請求權保全의 假登記를 한 뒤 丙이 所有權移轉登記를 하고 丙이 이를 丁에게 賃貸中에 乙이 本登記를 하였다고 하는 경우에 위와 같은 견해에 의하면 乙은 假登記當時 이미 所有權을 取得한 것이 되고 丙은 처음부터 無權利者이므로 乙의 本登記前에 取得한 賃貸料를 實質上의 所有者인 乙에게 不當利得으로 返還하지 않으면 안되게 된다. 따라서 物權變動의 效力은 遡及하지 않고 本登記의 順位만이 遡及한다고 하는 通說의 見解가 妥當하다 할 것이다.

우리나라의 假登記效力에 관한 不動産登記法 第6條 第2項의 規定은 日本 不動産登記法 第7條 第2項을 그대로 옮겨 놓은 것이다. 同條에 관하여서는 우리나라에서도 日本의 通說에 의존하고 있는 것이 現在の 實情이라는 것은 이미 指摘하였다. 다시 말하면 우리나라 判例·通說의 「本登記의 順位가 假登記의 順位에 의한다」는 意味는 本登記의 物權變動을 일으키는 效力이 假登記當時로 遡及한다는 것이 아니고, 단지 本登記의 順位만이 假登記의 順位로 遡及한다는 意味라고 解釋하여 日本의 多數說과 같은 見解를 取한다.²¹⁾ 그러나 通說에 따르면 위와 같은 解釋의 당연한 결과로써 假登記後 本登記前에 本登記의 內容의 實現과 抵觸하는 中間處分은 그 抵觸의 範圍에서 效力을 잃거나 또는 後順位가 된다고 한다.²²⁾ 이에 대하여 本登記를 한 權利에 抵觸되는 範圍內에서 그 權利를 喪失하는 것은 그 權利의 實質의 內容에 따른 論理的 結果라고 하기 보다는 오히려 法の 技術的 順位造作에 의하여 權利의 失效를 強要하는 結果가 되어 論理的 基礎에 있어서 空虛함을 免할 수 없다고 한다.²³⁾

따라서 問題를 實質的인 內容의 面에서 考察하여 物權行爲에도 條件을 붙일 수 있고 그 條件을 登記하면 第三者에게 對抗할 수 있는 것이므로 假登記를 登記簿上에 公示된 하나의 一般的인 條件으로 보아 그러한 假登記가 있을 때에는 第三者는 假登記에 基한 本登記의 經了를 解除條件으로 하여 權利를 取得하고 本登記가 經了되면 解除條件이 成就로 인하여 이후 本登記와 抵觸되는 範圍內에서 그 效力을 喪失한다는 理論을 展開하는 見解가 있다.²⁴⁾ 그러나 우리나라의 通說·判例에 의하면 中間處分의 失效를 理論적으로 說明하기가 困難하다. 中間處分의 登記가 失效된다는 說明은 理論的인 空虛가 있고 「遡及效」를 認定하면 理論的 結果로서 中間處分의 失效

21) 郭潤直, 前掲書, p. 175. 金曾漢, 前掲書, pp. 80~81.

方順元, 「新物權法(全)」, 一韓圖書, 1960. p. 44.

22) 大判, 1966. 5. 24. 66다485, 大判, 1970. 3. 10. 69다1699.

23) 權誠, 「假登記의 效力」, 「司法論集 第四輯」, 法院 行政處, 1973, p. 183.

24) 權誠, 上掲論文, pp. 182~183.

가 된다고 說明하기가 쉬울 뿐만아니라, 登記實務에도 符合되나 그렇게 되면 實踐的인 面에서 不合理가 나타나므로 더욱 困難하다. 그러므로, 우리나라의 判例·學說과 같이 本登記의 遡及效를 否認하고 中間處分의 失效를 論理的으로 說明하기 위하여는 假登記自體에 어떤 實體法的效力을 認定할 수 있는 立法的인 解決이 要求된다 할 것이다.²⁵⁾

2. 假登記 自體의 效力

가. 假登記인 채로 效力

假登記는 後日의 本登記를 한 경우에 그 本登記의 順位를 確保하기 위한 豫備的·臨時的인 登記일 뿐이지 本登記를 하기 前에는 實體法上 아무런 效力이 없다고 하는데 異論이 없다. 따라서 假登記가 있더라도 假登記義務者(原所有者)는 당연히 그 權利에 관하여 有效한 處分을 할 수 있다. 이러한 中間處分이 행하여진 경우에 假登記權利者는 누구를 登記義務者로 하여 本登記를 申請하여야 하느냐가 문제된다. 이에 대한 判例·學說의 見解는 매우 혼들리고 있으며 다음 장에서 重點的으로 考察해 보기로 한다.

나. 推定力의 有無

다음으로 假登記에도 本登記와 같은 推定力이 있는가의 문제이다. 大法院判決은 「所有權 移轉 登記請求權保全을 위한 假登記가 있었다고 하여 반드시 金錢債務에 관한 擔保契約이나 代物辨濟의 豫約이 있었다고 斷定할 수 없다」²⁶⁾라고 하여 正面으로 이를 否認하고 있다. 그러나 일단 假登記가 이루어진 이상 그 假登記가 假登記權利者 및 假登記 義務者의 共同申請에 의한 것이든 또는 假登記權利者의 一方的申請에 의하여 된 것인가를 不問하고 假登記權利者에게 假登記되어 있는대로의 地位가 있다는 推定은 認定할 수 있을 것이다.²⁷⁾

다. 警告的 效力

즉 假登記權利者가 장차 本登記를 갖추게 될런지도 모르고 本登記를 갖추게 되면 그 順位는 假登記의 順位에 의하게 되는 地位에 있음을 意味하고, 또 그러한 관계를 公示하는 一種의 登記라는 意味는 假登記인 채로서도 가지고 있다고 하여야 할 것이다. 따라서 假登記도 이러한 範圍內에서는 去來에 있어서 權利移轉이 遡及이라는 警告的 效力이 주어져 一種의 公示的效力을 認定할 수 있다고 본다.²⁸⁾

25) 金淑子, 前掲論文, p. 63.

26) 大判, 1969. 4. 18. 63다 144號.

27) 鄭址炯, “假登記” 「不動產去來의 諸問題」, 서울民事判例會, 1979. p. 281.

金曾漢, 前掲書, p. 81.

28) 郭潤直, 「不動產登記法」, 大旺社, 1979. p. 337.

黃迪仁, 「現代民法論Ⅱ」, 博英社, 1980. p. 80. 金曾漢, 前掲書, p. 81.

Ⅲ. 假登記에 基한 本登記의 申請節次

1. 問題의 說明

假登記에 基한 本登記節次에서 가장 문제가 되는 것은 假登記 후에 第3者を 위한 本登記가 經了 되어 있는 경우 즉 中間處分이 있는 경우에 누구를 相對로 하여 本登記請求를 할 것이며 第3者의 登記는 어떻게 다루어야 할 것인가이다. 예를 들면 甲所有의 不動產에 乙名義의 所有權移轉請求權保全의 假登記가 經了된 후 甲으로부터 丙에게 所有權移轉登記가 된 경우에 乙은 어떻게 本登記를 할 것인가이다. 假登記의 本體的效力인 順位保全의 效力이 나타나기 위해서는 本登記로 높아져야만 하므로 위와 같은 문제는 本登記前의 假登記自體의 效力으로서도 重要한 問題를 內包하고 있다. 獨逸에서나 日本에서는 이에 관한 明文規定을 두어 立法的으로 이 問題를 解決하고 있으나 우리나라에서는 明文規定이 없기 때문에 크게 問題되고 있다. 특히 大法院의 特異한 見解를²⁹⁾ 中心으로 假登記를 本登記로 고치는 節次問題에 대한 論難이 거듭 되고 있다. 몇가지 경우로 나누어서 檢討해 보기로 한다.

2. 所有權移轉請求權保全의 假登記 후에 第3者에게 所有權移轉登記가 經了된 경우

가. 問題의 所在

假登記에 基한 本登記의 申請에 있어서 假登記權利者가 登記申請의 相對者(登記義務者)는 누구인가? 中間處分の 登記가 없는 경우는 假登記權利者는 本來의 登記名義人에게 登記請求權을 行使할 수 있으나 假登記 후 第3者を 위한 本登記가 行하여져 있는 경우에는 假登記權利者는 누구를 相對로 하여 登記請求權을 行使할 것인가가 문제된다. 예를 들면 甲所有의 不動產에 乙名義의 所有權移轉請求權保全의 假登記가 經了된 후 甲으로부터 丙에게 所有權移轉登記가 된 경우 乙이 假登記에 基한 本登記를 甲으로부터 申請함에 있어서 甲을 登記義務者로 할 것인지 또는 丙을 登記義務者로 할 것인지 또는 甲·丙 共同으로 할 것인가가 문제된다.

위와 같은 問題는 獨逸에서도 우리나라에 있어서와 같이 實體法과의 사이에 틈(Lücke)이 생겨 體系的인 解釋이나 合理的인 運用에 困難을 겪게 된다고 한다. 그러나 獨民 第883條第2項의 規定으로 인하여 假登記權利者는 中間에 所有權을 取得한 第3者의 權利의 效力을 否認하고 假登記義務者에게 本登記를 請求할 權利가 생긴다고 한다.³⁰⁾ 日本의 不動產登記法 역시 改正前까지는 아무 規定이 없었기 때문에 學說·判例의 變遷이 심하였으나 昭和 35年 不動產登記法 第105條를

29) 「大法院全員會議判決集」, 法院行政, 1962, p.13.

大判, 63.7.25. 63다 53 判決. 大判, 66.6.21, 66다699

30) F. Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl. (München: C. H. Beck 1983.) S.190.

新設하여 立法的으로 解決하였다. 그러면 獨逸, 日本의 경우를 살펴 보고 우리나라의 判例·學說의 內容을 살펴 본다.

나. 獨逸의 경우

獨逸法上에서는 獨民法 第883條 第2項에 「假登記에 그 不動産이나 또는 權利에 관하여 行한 處分은 前項의 請求權을 無效로 하거나 侵害하는 範圍에서 效力이 發生하지 아니 한다」라고 規定하고 있는데 이것이 바로 本登記前의 假登記의 效力에 관한 規定으로서 獨逸學者들은 이것을 保全의效力(Sicherung Wirkung)이라고 부르고 있다.³¹⁾ 이 規定이 있으므로 해서 假登記權利者는 假登記 후에 所有權을 取得한 者의 權利의 效力을 否認하고 假登記義務者에게 本登記를 請求할 權利가 생기게 된다. 한편 同法 第888條 第1項에는 「登記된 權利 또는 그 權利上의 權利의 取得이 假登記로 인하여 利益을 받을 者에 대하여 無效인 경우에는 假登記에 의하여 保全된 請求權實行을 위하여 필요한 登記 또는 登記의 抹消에 관하여 取得者에게 同意를 請求할 수 있다」라고 規定하고 있다. 즉 假登記權利者가 假登記에 基하여 本登記를 하기 위해서는 第3取得者의 本登記에 대한 同意(承諾)書를 添附하여야 한다는 것이다.

위 第883條 第2項에 의하면 假登記가 있는 후에 假登記義務者가 그의 登記簿上의 權利에 관하여 한 處分은 假登記로 保全한 請求權을 侵害하는 限度에서 그 效力이 없음을 規定하고 있다. 따라서 假登記가 있더라도 請求權의 義務者(假登記義務者)는 여전히 登記簿上의 權利者이며, 그의 登記된 不動產物權에 관하여 어떤 處分이라도 할 수 있다. 그러한 處分은 對人的으로나 內容的으로 어떤 效果를 나타내고 있는지를 각 경우로 나누어서 檢討해 본다.

1) 假登記 後에 行한 假登記義務者의 處分은 오직 假登記權利者에 대해서만 無效이다.³²⁾ 환언하면 假登記義務者의 處分으로 權利를 取得한 者는 모든 사람에게 대하여 完全히 有效하게 權利를 取得하나, 다만 假登記義務者에 대해서만 그 權利取得을 無效로 된다. 그 결과 假登記權利者가 그의 權利를 實現하는 方法은 다음과 같다.

假登記權利者에 대한 관계에서는 請求權의 債務者 즉 假登記義務者가 여전히 權利者이므로, 假登記權利者는 假登記義務者에 대하여 그의 權利의 實現을 위한 物權的 意思表示를 要求할 수 있다. 한편 假登記 후에 假登記義務者의 處分으로 不動產物權을 取得한 者는 登記簿上 그가 權利者로 登記되어 있기 때문에 그는 假登記로 保全된 請求權의 實現을 위하여 필요한 登記에 同意하여야만 한다.³³⁾ 즉 甲이 그의 所有 不動産을 乙에게 賣却하였다면 乙은 甲에 대하여 所有權 移轉請求權을 갖게 된다. 그것은 不動産에 관한 物權變動을 招來케 하는 請求權이기 때문에 第883條第1項에 의하여 假登記를 할 수 있다.

또 甲의 承諾을 얻어서 乙이 그의 請求權을 保全하기 위하여 假登記를 한 후에 甲이 그 不動産

31) Ibid.

32) 郭潤直, “假登記制度”, 「法學第22卷1號」, 서울大, 1981.

33) 獨民法 第888條 參照.

을 丙에게 讓渡하였을 경우, 丙은 모든 사람에 대한 관계에서 所有者가 되나 乙에 대해서만은 所有者가 아니다. 乙에 대한 관계에서는 甲이 여전히 所有者로 看做된다. 그 결과 그는 甲에게 不動產所有權移轉의 物權的合意(Auflassung)을 要求하고 경우에 따라서는 이를 訴求로써도 強制할 수 있다. 그리고 丙은 第888條第1項에 의하여 乙의 本登記에 同意를 주어야 한다. 이 同意는 法院의 判決로 갈음할 수도 있다.³⁴⁾ 甲과의 物權的合意와 丙의 同意를 基礎로 하여 乙은 所有者로서 登記할 수 있게 된다.

2) 假登記義務者の 處分은 內容의으로는 假登記로 保全된 請求權을 侵害하는 限度에서 無效이다. (第883條2項). 丙에게 不動產所有權을 讓渡한 경우 뿐만아니라, 丙에게 抵當權을 設定한 때에도 같다. 즉 丙은 第888條2項에 의하여 抵當權의 抹消登記에 대한 承諾 내지 同意를 乙에게 하여야 할 義務를 負擔한다.³⁵⁾

3) 第883條2項 前段에 의하여 相對的으로 無效가 되는 것은 假登記 후에 그 假登記가 關聯되는 權利의 處分이다. 이 때의 處分은 法律行爲에 의한 處分에 限하지 않고 強制執行이나 假押留에 의한 處分 또는 破産管財人에 의한 處分도 包含하는 것이며, 이 點은 第883條2項 後段이 이를 明白히 하고 있다.

다. 日本의 경우

1960년 日本의 不動產登記法の 改正 前에는 現在 우리나라의 不動產法과 같이 假登記에 基于 本登記의 申請節次에 관해서 아무런 特別規定이 없었기 때문에 앞 예에서 假登記權者인 乙이 本登記를 하는데 있어서는 直接 本登記를 할 것인가 그렇지 않으면 丙의 登記를 抹消할 것인가에 관해서 問題가 되었다. 獨逸과는 달리 日本에서는 假登記의 效力으로서 本登記前의 效力인 保全的 效力에 관한 規定이 없어서 假登記에 基于 本登記의 節次에 관해서 判例는 一貫性이 없고 學說도 갈라져 있다.³⁶⁾ 主要 學說을 살펴 보았다.

① 不動產登記法에 의하면 위 예에서 乙의 本登記申請은 乙(登記權者)과 甲(登記義務者)이 共同으로 할 것을 規定하고 있다.³⁷⁾ 이 경우에는 甲은 丙이 所有者로 登記 되어 있을 때에는 登記法上 所有名義를 喪失하였기 때문에 丙의 登記가 抹消되지 않는 限 乙의 登記申請에 協力할 資格이 없다고 해석된다. 그래서 乙의 本登記를 위해서는 丙의 登記抹消를 請求할 수 있지 않으면 안되므로 初期의 判例는 「假登記는 本登記를 할 權利를 確保하는 效力이 있다」고 判示 하고 혹은 假登記權者는 假登記의 效力으로서 「後日에 登記를 하는데 障礙하는(되는) 登記簿上의 第3

34) 獨民訴法, 第894條 參照.

35) 郭潤直, 上揭論文, p. 8.

36) 日大判, 大正 4. 5. 14 民錄 21. 756. 日大判 昭和 7. 28. 民集 7. 635. 日大判, 昭和 8. 2. 17 民集 12. 237.

37) 日不動產登記法 第26條 1項參照.

우리나라 登記法 規定은 第27條 1項과 28條임. (共同申請原則)

者에 대하여 그 撤廢를 求할 수 있다」고³⁸⁾ 判示하여 假登記에 일종의 對抗力을 認定하였다.³⁹⁾ 學說中에서도 이 見解를 취하는 분이 있으나⁴⁰⁾ 大部分 學說은 이 見解가 假登記에 너무 過大한 效力을 認定하게 되고 丙의 登記를 抹消하고 乙이 本登記를 하지 않고 放置하는 경우에 不合理한 結果를 낳게 된다고 反對하였다.

② 이에 대하여 假登記에 一切의 對抗力을 認定하지 않고 乙은 먼저 甲의 協力을 要求하여 그 의 假登記를 本登記로 한 후에 丙의 本登記抹消를 請求하여야 한다는 것이다. 判例는 먼저 丙의 登記가 制限物權 取得의 登記인 事案에 대해서 이 趣旨를 判示했으나⁴¹⁾ 이 見解를 取하는 學說은 丙의 登記가 所有權取得의 登記인 때에도 乙의 本登記의 義務者가 甲이라고 하는 權利關係는 假登記에 基하여 登記簿上에 確立되어 나타나 있으므로 乙의 本登記는 丙의 抹消登記를 하기 전 이라도 미리 할 수 있다고 主張한다.⁴²⁾ 이 見解를 취하면 乙의 假登記를 함에 있어서 現在 登記名義人이 아닌 甲을 登記義務者로 하는 根據가 무엇인가가 問題된다. 또 乙이 本登記를 한 후에 丙의 登記가 抹消되지 않으면 登記簿上 乙, 丙의 두 本登記가 併存하게 되어 公示에 混雜을 가져올 뿐만아니라, 甲이나 丙의 協力을 하지 않을 경우 乙은 同時에 訴訟을 하는 것이 不可能하여 乙의 假登記에 基한 實現에 難點을 가져 온다.

③ 그래서 이상의 두 見解의 缺陷을 補完하는 것으로서 乙은 假登記에 基한 本登記申請과 丙의 抹消登記申請을 同時에 하여야 한다고 한다.⁴³⁾ 그러나 이 見解에 대해서는 乙은 假登記만을 하고 있는 狀態下에서 丙에게 그의 本登記抹消를 請求하는 것이 되어, 假登記에 一種의 對抗的效力을 認定하는 結果가 된다. 그것은 假登記에 의한 順位保全이라는 效力의 間接的인 作用이라고 하지만 理論構成에 無理가 있고 本登記申請과 丙의 抹消登記의 申請을 同時에 하지 않으면 안된다는 登記簿上의 根據를 찾지 못하는 難點이 있다고 한다.⁴⁴⁾

④ 乙이 직접 本登記를 할 수 있다는 前提로서 먼저 本登記를 한 후에 丙의 抹消登記를 請求하는 것이 原則이지만 甲이 本登記를 하는데 協力하지 않고 丙이 登記의 抹消를 拒絕하는 경우에는 乙은 甲에 대한 本登記請求와 同時에 丙에 대한 登記抹消를 請求함도 無妨하다는 見解의 判決이 後期의 大法院判決의 主流를 이루었다.⁴⁵⁾

38) 日大判, 大正6.9.20 民錄 23.1445. 日大判, 大正 15.6.29 民集 5.602.

39) 日大判, 大正 10.10.27, 民錄 27.2040.

40) 舟橋諄一, 前掲書, p.358.

41) 日大判 昭和 8.2.17, 民集 12.237.

42) 機代通, 「不動産登記法」, (法律全集 25卷) 東京:有斐閣, 1973. p.108.

43) 柚木聲, “假登記の效力”, 「民事研修54號」, p.15.

日大判, 大正 9.7.10.

44) 舟橋諄一, 前掲書, p.359.

45) 日大判, 昭和 3.7.28.

日大判, 昭和 6.5.23.

日大判, 昭和 7.8.15.

日大判, 昭和 10.4.9.

日最高裁判所判決, 昭和 32.6.7.

⑤ 그러나 昭和35年(1960年)의 不動産登記法 第105條를 新設하여 이를 立法으로 解決하였다. 즉 所有權에 관한 假登記에 基하여 本登記를 申請하는 경우에는 假登記義務者를 相對로 이를 申請하되 다만 登記上 利害關係를 가진 第3者가 있을 때에는 그 第3者의 承諾書 또는 이에 對抗할 수 있는 裁判의 謄本을 本登記 申請書에 添附하여 提出하여야 되고, 登記公務員은 이런 申請에 의하여 本登記가 되면 職權으로 第3者의 登記를 抹消하도록 그 第105條에 規定하였다.⁴⁶⁾ 따라서 종래의 論難되어 온 問題點을 最小限의 範圍에서 解消한 것이 되었다. 그러나 이러한 規定만 가지고서 乙이 假登記인 채로 丙에게 登記抹消請求만을 할 수 있는지에 대하여는 問題 될 여지가 있다.⁴⁷⁾

라. 우리나라의 判例 및 學說

1) 判例

(가) : 乙은 假登記效力으로써 丙에 대하여 本登記抹消를 請求可能하다는 見解다. 朝鮮高等法院 時代의 判決 및 初期의 大法院判決은 初期 日本大審院判決과 같은 見解를 취하였다. 즉 「所有權移轉의 假登記가 있은후 假登記義務者인 登記名義人이 第3者에 대하여 所有權移轉의 登記를 하였을 때는 登記簿上의 登記名義人에 變更이 생김으로써 假登記權利者가 假登記에 基한 本登記를 하고져 함에는 所有權移轉의 本登記를 한 第3者에 대하여 그 本登記의 抹消를 求하고 登記簿上의 名義人을 假登記義務者의 名義로 回復시키고 난 후에 假登記義務者로 부터 所有權移轉의 本登記를 받아야 하는 것으로서 第3者와 所有權移轉의 本登記가 있음에도 불구하고 假登記權利者가 假登記義務者로부터 직접 所有權移轉의 本登記를 받음은 現在 登記簿上 登記名義者가 아닌 者로부터 所有權移轉의 登記를 받는 것이 되어 明白히 登記法 第49條第6號(舊法)의 경우에 該當하는 것이라면 이러한 登記의 申請은 同條에 의하여 却下하지 않으면 안된다」고 하였다.⁴⁸⁾ 그것은 所有權移轉의 本登記로 인하여 登記簿上 登記名義人의 地位를 喪失한 甲은 乙의 本登記에 協力할 資格이 없다는 前提下에 乙은 假登記인 채로 丙에 대하여 本登記의 抹消를 請求할 수 있다고 한다. 따라서 乙은 丙의 登記를 抹消하여 甲을 登記名義人으로 한 후에야 비로소 甲에 대하여 本登記를 請求할 수 있다고 하였다. 이때 乙은 本登記請求에 필요한 一切의 要件을 具備하여야 한다는 但書를 붙이고 있다. (日本 初期 判例).

그러나 그 후 判例는 折衷의인 態度를 취하여 乙은 甲에 대한 本登記와 丙에 대한 抹消登記를 同時에 請求해도 좋다는 日判例도⁴⁹⁾ 나오고 있지만 위와 같은 大法院判例는 1962年 12月 24日에 假登記의 效力에 관한 새로운 判決로⁵⁰⁾ 인하여 완전히 뒤집어 졌다.

46) 日不動産登記法 105條 內容 參照.

47) 機代通, 前掲書, p.127.

鄭照根, “假登記 效力”, 「東亞論叢 第21輯」, 1984. p.117.

48) 朝高判, 1921.8.26. 同旨 大判 1949.4.2. 宣告 4281. 民上 314, 315號 判決, 判總 7卷 pp.492~495參照.

同旨 1957.11.18. 宣告 4290, 民上 289號 判決, 同旨 1961.12.14. 宣告 4294. 民上 253 판결등.

49) 日大判, 大正, 9.7.10 判決, 日大判, 昭和 3.7.28 判決.

50) 大判, 1962.12.24. 宣告 4294 民再抗 675號.

(나) : 乙은 먼저 甲에 대하여 本登記를 請求해야 되고 乙이 本登記를 取得하면 丙의 本登記는 登記公務員이 이를 職權으로 抹消해야 한다는 見解의 判例다. 同判例에 관여한 大法院判事들의 多數意見으로 決定한 內容은 「假登記權利者는 먼저 假登記義務者를 相對로 하여 本登記를 하여야 되고 그와 같은 本登記를 함이 없이 假登記權利者가 직접 假登記後 本登記 前에 權利를 取得하여 登記한 第3者를 相對로 그 登記의 抹消를 請求할 수 없으며, 이와 같이 假登記權利者가 本登記를 하면 第3取得者의 登記는 不動產登記法 第55條2號의 “事件이 登記할 것이 아닌 때”에 該當하므로 登記公務員이 同法 第175條1項에 의하여 職權으로 이를 抹消하여야 한다」고 判示하였다.⁵¹⁾ 즉 假登記 후에 第3者에게 所有權移轉의 本登記가 된 경우에 假登記權利者는 假登記에 基한 本登記를 假登記義務者에게 請求할 때에는 登記公務員은 假登記 후에 取得한 第3者의 所有權登記는 職權抹消해야 된다는 것이다.

假登記의 效力에 關한 大法院의 上記 見解는 그 이후 大法院判決에서도⁵²⁾ 再確認되고 있고 大法院의 基本態度는 현재까지 그대로 堅持되고 있다. 이와 같은 大法院의 見解를 정리해 보면 다음과 같다.

① 우리 民法은 第186條에서, 法律行爲로 인한 不動產物權變動에 있어서는 登記를 效力 發生要件으로 하는 形式主義(獨法主義)를 採擇하고 있는데 위 法條에서 말하는 登記는 不動產登記法에서 말하는 本登記를 가리키는 것이다. 그러므로 假登記權利者인 乙이 假登記만으로써는 假登記 후의 本登記名義人인 丙에게 抹消를 請求할 수 없음은 自明하다. 그러므로 乙이 丙의 本登記 抹消를 請求하려면 먼저 假登記를 本登記로 높이는 節次를 가져야 한다.

② 意思主義(佛法主義)의 舊民法에서는 乙의 假登記만으로 丙에게 假登記에 保全된 物權을 主張하여 丙의 本登記 抹消를 請求할 수 있으나 現行 民法에서는 本登記 전에는 物權을 主張할 수 없으므로 丙의 本登記 抹消를 請求할 수 없다.

③ 위와 같은 경우에, 假登記權利者인 乙은 假登記義務者인 前所有者인 甲을 相對로 하여 本登記請求權을 行使할 것이며 假登記 후에 本登記를 取得한 丙을 相對로 할 것이 아니다. 왜냐하면 不動產登記法 第61條와 第62條의⁵³⁾ 法意로 미루어 보아 그렇게 解釋할 根據가 될 뿐더러 假登記 후에 本登記가 된다면 登記順位에 의하여 乙의 本登記가 確定的으로 有效한 登記가 될 것이고 丙의 本登記는 그 效力을 喪失할 것으로 解釋함이 正當하기 때문이다.

51) 「不動產登記法」判例 總覽, p. 492.

同旨 大判, 1963. 7. 25. 宣告 63다53號.

52) 大判, 1963. 8. 27, 63다53號 (本訴假登記 假處分 抹消登記 再訴請求事件)

大判, 1963. 9. 26. 63다447.

大判, 1965. 4. 25. 65마219.

大判, 1966. 6. 21. 66다699. 700.

大判, 1968. 2. 6. 67마1223 등

53) 不動產登記法 第61條에 假登記는 登記用紙中 該當區 事項欄에 이를 記載하고 그 左側에 餘白을 두어야 한다. 同法 62條에 假登記만을 한 후 本登記 申請이 있을 때에는 假登記 左側 餘白에 그 記載를 하여야 한다고 規定한다.

그러면 乙의 本登記를 取得한 경우에는 같은 不動産에 관하여 所有權者가 競合되는 形式이 되나 假登記 후의 本登記權者인 丙은 乙의 本登記 取得으로 인한 登記順位와 物權의 排他性에 의하여 實質적으로 登記의 效力을 喪失할 것이므로, 登記公務員은 不動産登記法 第175條1項(登記의 抹消와 通知) 同法第55條2號(事件이 登記할 것이 아닌 때의 申請却下)에 의하여 假登記 후에 한 第3者의 本登記를 職權抹消함으로써 登記簿上의 形式的인 重復을 避할 수 있다.⁵⁴⁾

2) 學說

假登記에 基한 本登記 申請節次에 관한 學說의 態度는 日本의 判例·學說과 대체로 같으나 다음과 같은 몇개의 說로 나누어진다.

① 初期의 日本大審院과 朝鮮高等法院의 判決과 같이 먼저 丙의 登記를 抹消請求할 수 있다는 說이다. 이 見解에 의하면 假登記는 不動産登記法 第2條에 揭記된 權利의 變動이라는 終局的 效力은 가지지 않지만, 적어도 假登記된 事實을 알고도 所有權移轉 本登記를 取得하는 第3者인 丙에 대하여는 公示的 내지 警告的인 效力을 가지고 있을 뿐만 아니라 假登記制度 自體가 物權의 效力을 內包하고 있는 特別 規定의 뜻으로 解釋하는 見解이다. 여기에서 丙에게 一定한 對抗力을 줄 수도 있다고 主張한다.⁵⁵⁾

② 먼저 所有權者인 甲의 協力を 구하여 乙의 假登記를 本登記로 昇인 다음에 丙의 本登記 抹消를 請求해야 한다는 說이 있다.⁵⁶⁾ 獨逸民法과 같이 假登記後에 假登記義務者의 處分行爲는 假登記權利者의 權利를 害하는 範圍에서는 無效라고 規定하여 解決하자는 것인데 乙은 현재의 登記名義人이 아닌 甲을 相對로 하여 어떻게 本登記 請求를 할 수 있느냐에 대하여는 假登記는 언젠가는 같은 當事者에 의하여 本登記 되는 것을 豫定하는 特殊한 節次이기 때문에 本來의 假登記義務者에게 本登記 請求를 할 수 있다는 見解이다. 이 學說의 根本 趣旨은 우리 大法院의 見解와 같은 立場이나 登記公務員이 職權抹消할 수 없다는데 差異點을 두고 있다.

③ 假登記權利者가 本登記請求의 順序는 甲에 대한 本登記請求와 丙에 대한 登記抹消의 請求를 同時에 하여야 한다는 說등이 있다. 또한 登記「請求」의 順序는 아무래도 좋다고 하나 登記의 「申請」은 반드시 本登記 申請과 抹消登記 申請을 同時에 하도록 하고 登記公務員은 이 때에 한하여 假登記를 本登記로 고쳐 주어야 한다고 한다. 그렇게 함으로써 登記簿上의 二重登記를 發生시키는 登記簿上의 權利關係의 混同을 避할 수 있기 때문이다.

54) 大判, 1966. 6. 21. 66다699, 700.

大判, 1969. 6. 10. 68마1302.

55) 石田文次郎, 前掲書, p. 203.

崔鍾吉, “假登記效力”, 「司法行政」, 1965. 10月號, pp. 14~16.

崔鍾吉, 上掲論文, 11月號, pp. 35~36.

56) 郭潤直, “假登記에 관하여”, 「考試研究」, 1969. 9月號 參照.

마. 判例·學說에 대한 批判

위와 같이 檢討한 判例·學說의 見解는 다음과 같이 크게 네 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째는 假登記權利者인 乙이 직접 假登記義務者인 甲에 대하여 本登記를 請求할 수 없고 먼저 丙에 대하여 그 登記의 抹消를 請求하여 甲에게 所有名義를 回復시킨 뒤에 甲에 대하여 本登記를 請求할 수 있다는 見解이고, 둘째는 乙은 먼저 本登記를 한 뒤가 아니면 丙에 대하여 登記의 抹消를 請求할 수 없다는 見解이고, 셋째는 乙이 甲에 대한 本登記 請求와 丙에 대한 登記抹消의 請求를 반드시 同時에 하여야 한다는 見解이고 넷째는 乙은 丙의 登記를 抹消함이 없이 바로 本登記를 할 수 있고 本登記를 하면 그와 抵觸되는 丙의 登記는 登記公務員이 職權으로 抹消하게 된다는 見解이다. 이 중 첫째 見解는 假登記 自體에 一種의 物權의 效力을 認定하는 舊法時代의 趣旨이고 그 나머지 見解는 物權의 效力을 否認하는 現在까지 大法院判例의 態度이다.

1) 위 舊法時代의 判例의 立場인 첫째 見解는 假登記라는 制度가 있고 그에 대한 一定한 效力을 規定하고 있는 이상 假登記權利者가 假登記를 基礎로 하여 이를 本登記로 고치는데(一切의 要件을 具備하여) 어떠한 障礙要因이 있어서는 안되고 假登記의 效力으로써 乙이 第3者인 本登記名義人에 직접 그 本登記抹消를 請求할 수 있다는 것이다. 그러므로 第3者는 假登記權利者가 本登記를 經了하는데 妨害가 되는 行爲를 할 수 없고 만일 그런 行爲를 하였을 때에는 假登記權利者에 대하여 그 行爲의 效力을 對抗할 수 없다고 한다.⁵⁷⁾

또한 假登記權利者가 本登記를 함에 있어 妨害가 되는 다른 登記의 抹消를 求하는 것은 역시 假登記가 本登記順位를 保全하는 效力의 間接作用이고 本登記가 假登記時에 이루어 졌다고 보기 때문에 다른 登記에 대하여 생기는 效力에 불과 하거나⁵⁸⁾ 혹은 假登記權利者는 후에 이루어질 本登記의 權利에 抵觸되는 限度內에서 또한 本登記를 한다는 前提下에서만 第3者의 權利를 否認할 수 있다고 解釋되며 假登記權利者가 그 否認權을 行使할 때에는 第3者는 本登記의 權利에 抵觸되는 範圍內에서 無權利者가 되는 까닭에 假登記權利者는 이에 대하여 그 登記의 抹消를 請求할 수 있다고 說明한다.⁵⁹⁾ 우선 假登記 制度의 存在의 必要에서 乙이 甲으로부터 本登記를 받기 전에도 丙의 本登記의 抹消를 請求할 수 있다는 見解는 妥當한 것처럼 보인다. 또 第3者인 登記名義人도 正當한 權利者인데 丙에게 너무 苛酷한 것이 되므로 大法院은 乙의 假登記에 如斯한 效力은 本登記의 請求에 必要한 一切의 要件을 具備한 경우에 限하여 發生하는 것으로 하고 있으면서 假登記權者의 權利의 性質이 物權的 期待權 또는 物權과 어느 정도의 關聯을 갖는 것으로 解釋하는 것 또한 옳은 것으로 보인다.

그러나 첫째 假登記는 本登記와 달리 物權變動을 일으키는 效力을 認定할 수 없는 點에 비추

57) 大判 1962.12.24. 宣告 4294. 民再抗 675號 決定中 個別意見, 日大判, 大正 6.9.20.

58) 我妻榮, “假登記의 效力에 付こ”, 「法律學會雜誌」 40卷 6號, p.155.

59) 柚木馨, 前掲書, pp. 221~234.

어 볼때 假登記에 너무 過大한 效力을 주는것 같고 本登記와 假登記의 區別을 困難하게 할 뿐만 아니라 實質的으로는 假登記가 處分禁止假處分制度和 同一한 作用을 하게 되어 不當하다 하지 않을 수 없다.⁶⁰⁾ 둘째로 實體法的으로 볼때 丙의 本登記가 본래 所有主人 甲의 正當한 處分權에 의하여 이루어 졌는데 原因無效인 登記라고 보는 것처럼 假登記의 事由만으로 抹消되어야 한다는 것은 역시 困難한 것이다. 셋째는 乙이 丙의 登記를 抹消하기만 하고 自己의 本登記하는 것을 放置할 경우 登記簿上의 큰 弊端이 생길 여지가 있다.⁶¹⁾ 이에 대하여서는 丙에 대한 請求는 甲에 대한 請求와 同時에 하여야만 許容된다는 主張도 있으나 이런 見解에 따르더라도 甲이 本登記를 承諾하고 있는 경우에 甲에 대하여 本登記節次履行請求의 訴를 提起할 수 없고 그렇다고 丙에 대한 請求도 할 수 없게 되는 難點이 생긴다 할 것이다. 또한 丙의 登記가 制限物權設定의 登記인 경우에도 丙의 登記를 먼저 抹消해야 된다 할 것이므로 그것이 不當함은 多言을 要하지 않는다.⁶²⁾

2) 둘째번의 見解는 乙이 먼저 本登記를 한 후에 비로소 丙의 登記抹消를 請求할 수 있다는 것이나, 本登記의 申請은 登記義務者인 甲과 登記權利者인 乙이 共同으로 申請해야 하는데 甲은 이 登記簿上의 所有名義를 喪失하였으므로 本登記를 申請할 資格이 없어서(不動產登記法 第28條, 第55條6號) 甲을 登記義務者로 하는 根據가 없을 뿐만 아니라 乙의 本登記 후에는 丙의 登記가 抹消되기까지는 乙의 本登記와 兩立할 수 없는 丙의 登記가 登記簿上 殘存하여 公示에 混雜을 招來하고 그 후의 處置가 困難하여 진다. 또한 甲이 本登記를 拒否하고 丙이 登記抹消를 拒否하는 경우 同時에 訴訟를 할 수 없어 訴訟經濟에 反한다.

3) 셋째번의 見解는 甲에 대한 本登記請求와 丙에 대한 登記抹消의 請求를 同時에 하여야 한다는 것이 이 見解의 要旨인 바, 이 역시 乙은 假登記自體에 一種의 對抗力을 認定하는 結果가 되어 理論構成에 難點이 있으며 不動產登記法은 登記의 申請에 관하여 一件主義를 原則으로 하고 있어서(同法 第51條52條參照) 乙의 本登記申請과 丙에 대한 登記抹消申請을 同時에 하여야 할 登記簿上의 根據를 찾을 수 없다.

4) 네번째로 大法院判例에 대한 問題點 提起와 더불어 批判해 보면 다음과 같다.

大法院은 乙로 하여금 甲의 協力을 얻어 本登記를 하게 하고 이 경우에 乙의 本登記와 矛盾·抵觸되는 丙의 登記는 不動產登記法 第55條2號에 該當하므로 登記公務員으로 하여금 職權抹消하게 함으로써 假登記自體에 어떤 物權的 效力을 認定하지 않으면서도 乙과 丙의 各 本登記의 並

60) 川島一郎, 前掲論文, pp. 12~13.

61) 舟橋諄一, 前掲論文, pp. 12~13.

62) 舟橋諄一, 「註釋民法(6)」, p. 358.

幾代通, 前掲書, p. 108. 川島一郎, 前掲書, p. 52.

存狀態를 惹起하지 않고 乙의 假登記의 順位를 確保한다는 점에서 비교적 簡明하게 學說의 難點들을 克服했다는 점으로 매우 바람직 하다 하겠다. 그러나 다음과 같은 批判을 免하기 어렵다 할 것이다.

① 判例에서는 假登記權者인 乙이 假登記 후 本登記를 取得한 第3者인 丙에 대하여 그 登記의 抹消 내지 更正을 請求할 수 없는 理由가 登記를 物權變動의 效力要件으로 하고 있는 現行 民法의 形式主義下에서는 있을 수 없으며, 다만 意思主義를 取한다면 그렇게 解釋할 수 있는 것처럼 말하고 있으나 과연 意思主義下에서는 그렇게 解釋할 수 있겠는가 하는 問題이다.

이 問題點에 대하여 物權의 得失變更에 관하여 意思主義를 採擇한 舊民法下에서도 登記는 第3者에 대한 對抗要件이므로 本登記없이 假登記만으로서 第3者의 抹消登記를 請求할 수 있다는 理論이 당연히 설 수 있는 것이 아니며 또한 마찬가지로 形式主義를 擇하였으므로 假登記만으로서 第3者의 本登記抹消를 請求할 수 없다는 理論 역시 당연히 설 수는 없다.⁶³⁾ 즉 物權變動에 관하여 形式主義를 취하느냐 意思主義를 취하느냐에 따라서 假登記의 第3者에 대한 效力의 認定 與否가 달라 진다는 見解는 당연히 설 수 없는 것이다.⁶⁴⁾

요컨대 登記의 物權變動의 對抗要件 問題와 假登記의 目的上 第3者에 대하여 一定한 效力을 認定하는 問題는 別個의 것으로 볼 것이며 假登記에 第3者에 대한 效力 認定 與否는 假登記制度 目的에 따라서 이를 合理的으로 解釋함으로써 妥當한 結論을 얻을 수 있다고 본다.

② 判例는 다시 假登記權者는 다만 假登記義務者인 前所有者만을 相對로 本登記를 할 수 있고 第3者의 本登記 抹消를 하기 前에 本登記를 할 수 있는 것 같이 解釋하고 있으나 이 點 또한 매우 疑問이며 다음과 같은 批判이 있다.⁶⁵⁾

여기에서 과연 假登記權者와 不動產을 第3者에게 處分하여 登記名義를 喪失한 假登記義務者 사이에 本登記를 完了할 수 있겠느냐 하는 點이다. 이 點에 관하여서는 이미 所有名義를 喪失한 前所有者인 甲을 登記義務者로 하여 假登記權者가 假登記를 本登記로 고치는 것은 登記簿上 不可能하다고 볼 수 있다.

즉 登記權利者는 登記가 行하여 짐으로써 직접 利益을 얻는 사람이고 登記義務者는 이로 인하여 不利益을 받는 사람을 말함인데 甲은 假登記가 本登記로 되더라도 아무런 不利益을 받지 않으니 理論上 登記義務者가 될 수 없다는 것이다. 또한 不動產登記法 第28條에 의하면 登記申請은 登記權利者와 登記義務者가 共同으로 하여야 하고 不動產登記法 第55條6號(登記義務者의 表示가 登記簿와 符合하지 아니한때)에 의하여 登記申請을 却下 할 수 있으므로 第3者에게 目的物을 讓渡하여 그 所有名義를 喪失한 甲은 丙의 本登記抹消가 없는 限 不動產登記法上 登記義務者로서

63) 金基善, 「Fides 第2卷」, p. 100.

金鍾吉(1965年 11月號) pp. 35~36.

64) 形式主義를 採擇한 獨瑞民法(獨民883條, 瑞民959條)은 假登記의 效力으로써 假登記權者를 害하는 範圍에 있어서 第3者의 本登記 抹消를 請求할 수 있는 것을 明文으로 規定하고 있으며 意思主義를 採擇한 舊民法下에서도 假登記權者가 第3者에 對抗하려면 당연히 假登記를 本登記로 塗여야 한다.

65) 崔鍾吉(1965.11月號). p. 36.

本登記申請을 請求할 資格이 없다고 본다.

그런데 獨瑞民法은 前述한 바와 같이 假登記 후 假登記義務者의 處分行爲는 假登記權者의 權利를 害하는 範圍에 있어서는 無效라고 規定하여 이를 解決하고 있으며 우리나라에서도 假登記效力을 이와 같이 說明하는 분이 있다.⁶⁶⁾ 그러나 大法院이 이에 대한 理論的 根據를 提示함이 없이 假登記權者가 第3者의 本登記抹消前 假登記義務者만을 相對로 하여 假登記를 本登記로 고칠 수 있다는 것은 좀 無₁ 아닐까 한다.

③ 前述한 바와 같이 大法院은 假登記가 本登記로 고쳐지려면 假登記 후 本登記를 取得한 第3者의 本登記는 不動產登記法 第175條1項, 第55條2項에 該當하므로 이를 職權으로 抹消하여 所有者의 形式的인 重復을 避할 수 있는 것으로 解釋한다고 주장하나 이것은 理論的 根據가 어디에 있으며 과연 妥當한가 하는 것이다.

그러나 大法院의 判決見解는 具體的 妥當性 내지 實務的 便宜性만을 考慮한 것이며 받아들이기 어려운 것이다. 不動產登記法 第55條는 登記「申請」의 却下事由를 列舉하고 있는 바 事件이 登記할 것인가의 與否의 判斷은 登記의 「申請時」를 標準으로 할 것이고 이미 登記를 完了한 후의 事情에 의하여 判斷할 것이 아니다.⁶⁷⁾ 또한 假登記 후에 있어서 甲의 處分權에는 아무런 制限을 받지 않으므로 乙의 本登記前에 甲이 그 所有權을 丙에게 移轉한 處分行爲는 완전히 有效하며 甲·丙 사이의 本登記申請 역시 適法한 것이다. 따라서 甲·丙 사이의 所有權移轉申請은 不動產登記法에서 말하는 「事件이 登記할 것이 아닌 때」에는 該當될 수가 없다.

그리고 위와 같이 이미 適法하게 登記를 經了한 것을 가지고 登記가 完了한 事後에 있어서 「事件이 登記할 것이 아닌 때에 該當한다」고 한다면 登記公務員에게 事前도 아닌 事後에 있어서 過大한 實質的 審査의 權限을 주게 되는 結果가 될 것이다. 이렇게 適法하게 有效한 處分行爲에 基한 第3者의 本登記를 事後 職權으로 抹消하여 假登記權者의 利益만을 지나치게 保護하고 第3者의 本登記의 效力을 무조건 抹殺해 버린다는 것은 許容될 수 없으며 大法院의 判決態度는 完全히 誤謬를 犯하고 있다 할 것이다.

3. 所有權移轉請求權保全의 假登記 후 第3者에게 制限物權設定의 登記가 된 경우, 또한 制限物權設定請求權保全의 假登記 후 第3者에게 所有權移轉登記가 된 경우.

前述한 예에서 第3者인 丙이 抵當權과 같은 制限物權의 登記를 한 경우에 假登記權者인 乙이 本登記를 하는 節次問題이다. 이 경우에는 原所有者인 甲이 登記簿上 所有名義를 喪失하지 않았으므로 乙은 甲을 登記義務者로 하여 本登記를 하면 된다. 또한 乙이 抵當權 등 制限物權設定請求權保全을 目的으로 한 假登記를 한 경우에 大法院判例 理論을 여기에 適用하면 乙은 甲을 相對로 本登記를 請求할 수 있다 하겠다.

66) 郭潤直, 前揭論文, p. 152.

67) 郭潤直, 前揭論文, p. 154.

崔鍾吉, 前揭論文, p. 35.

그러나 朝鮮高等法院判決은 乙의 假登記가 經了된 것을 알면서 所有權移轉의 登記를 하였기 때문에 乙에게 本登記를 해 주어야 할 甲의 義務를 承繼하였다고 하여야 하므로 乙은 丙에 대하여 本登記履行을 求할 수 있다고 하였다.⁶⁸⁾ 이와 같은 見解는 假登記 自體에 어떤 效力을 賦與할 때에 비로소 可能하므로 現行法下에서는 困難하다 할 것이다.

위 두 경우 모두 大法院判決의 理論을 適用하면 丙의 登記는 登記公務員이 職權抹消하게 되는 데 이에 대한 理論的인 分析과 批判은 既述한 바와 대체로 같다.

IV. 結 論

以上에서 살펴 본 바와 같이 假登記는 本登記가 없는한 그 自體만으로서서는 아무런 效力이 없고 假登記를 바탕으로 하여 本登記를 한 경우에만 그 本登記의 順位만 假登記의 順位에 의한다는 假登記順位 保全的 效力만을 인정하는 것이 學說 및 判例의 見解인 것이다. 그러나 假登記後 第3者を 위한 中間處分의 本登記가 행하여져 있는 경우에 假登記 權利者는 누구를 登記義務者로 할 것인가에 대하여는 學說과 判例가 모두 見解를 달리하고 있다.

이러한 根本的인 理由는 本登記後의 假登記의 效力에 관해서만 不動產登記法 第6條2項에 規定하고 있고 本登記前의 假登記의 效力에 관해서는 實體法이나 節次法上 전혀 規定한 바가 없기 때문이다. 즉 立法의 不備때문이라 하겠다.

獨逸民法 第883條2項에는 假登記後 不動產 또는 權利에 관하여 행한 處分은 前項의 請求權을 無效로 하거나 侵害하는 限度에서 效力이 發生하지 않는다고 規定하고 있다. 이것이 바로 本登記前의 假登記의 效力에 관한 規定이며 이를 假登記의 請求權 保全的 效力 또는 假登記의 本登記 申請請求權 確保的 效力이라 한다. 이러한 效力을 規定할 때 假登記權利者는 假登記義務者를 相對로 本登記의 申請을 請求할 수 있게 된다.

勿論 本登記前의 假登記의 效力에 관해서는 이와 같은 規定以外에도 假登記後에는 그 不動產에 관한 어떤 處分의 登記도 하지 못하도록 規定하는 方法과 假登記後에 目的不動產을 取得하는 者에게 假登記義務者가 假登記權利者에 대하여 부담하는 義務를 당연히 引受케 하는 規定을 할 수도 있고 우리 大法院의 見解와 같이 申請主義를 原則으로 하는 不動產登記法에 職權抹消를 할 수 있다는 例外規定을 둘 수도 있다. 그러나 前者의 方法은 假登記權을 가장 안전하게 保全하는 것이 되기는 하지만 當該不動產의 去來를 封鎖하는 缺陷이 있으며 後者의 方法은 假登記 義務者의 假登記權利者에 대한 債務가 中間取得者에게 法律上 당연히 引受된다는 것은 民法上 債務引受에 관한 法理에 맞지 않는 缺陷이 있고 非論理的인 點이 있다.

이제까지 論한 바와 같이 獨逸民法 第883條에 상당하는 規定을 新設함으로써 假登記에 「請求權保全의 效力」을 부여하고, 中間處분에 基한 本登記의 職權抹消規定을 新設함으로써 우리나라 假登記制度에 얽힌 어려운 問題는 어느 정도 解決될 것으로 본다.

68) 朝高判, 1930.10.24. 民集 17卷 p.215.

그러므로 우리나라에서는 獨逸民法 第883條2項의 規定을 不動產登記法 第6條第3項에 新設하고 그 節次的 方法으로는 不動產登記法 第171條에 2項, 3項에 日本不動產登記法 第105條 第1項, 第2項을 規定하여야 할 것을 提案하는 바이다.

Summary

A Study on Effect of Provisional Registration

Kim Hyung-soo

As already pointed out in Article 883-2, the German Civil Law, with regard to the effect of provisional registration before the regular registration to be taken, the disposition of any real estate or right after provisional registration conducted should be nullified, or be invalidated within the limit of infringement. Also, after provisional registration, registration of any real estate or right disposed of should not be accepted. It must be provided that a person who acquires any real estate after provisional registration should undertake a any responsibility to cooperate with a rightful person of provisional registration in proceeding to the regular registration.

We can think of these 3 stands mentioned above, although we interpret our Civil Law which lacks them. So it is out of the question that we should interpret from the standpoints of the provisions of Article 883-2 within the framework of these 3 stands. Therefore, in Article 6, the Code of Registration of Real Estate of our country, only the effect of ordinal preservation is provided for the effect of provisional registration. The Item 3 of the same article should also provide the effect of preservation of Right of Claims, prescribing that the disposition(transfer of the ownership) of real estate after provisional registration should be nullified, based on the provisional registration and within the framework of infringement.

Next, if there are no such provisions as establish the procedure of regular registration to be taken by a rightful person of provisional registration and the procedure of cancellation of registration invalidated under regular registration, there will also arise some problems in interpreting and applying the Registration Code, even if there is such provision concerning the effect of preservation of Right of Claims.

Therefore, in order to settle these problems, it must be prescribed in Article 171-2, the Registration Code of Real Estate that the preceding Item shall be applied to the case of regular registration after provisional registration of the ownership, and also in Item 3 that, in case of the above Item 2, when regular registration is taken, the right of a third person should be expressed in the Column "Matter" of Relevant location of the Registry form, that cancellation should be marked by the official in charge of registration under the regular registration.

There will arise no problem in the procedure of regular registration based on provisional registration, because there are such provisions, and thus, such judicial decision as represents the Judicial Precedent by the Supreme Court can be safe from criticism.