

총평 - 부동산등기법(논술)

1. 들어가며

2023년 제29회 법무사 제2차 시험에 응시하신 수험생여러분에게 그동안 시험기간 공부하시느라고 고생이 많으셨다는 말씀과 이번 시험에 좋은 성적으로 꼭 합격하실 것을 기대하면서 간단히 총평을 올리겠습니다.

2. 출제 문제 분석

【문 1】 전세금반환채권의 일부양도에 따른 전세권일부이전등기절차 (20점)

이에 대하여서는 2011년도에 부동산등기법이 전면 개정됨에 따라 새로이 도입된 등기제도이기 때문에 충분히 출제가능한 문제이어서 기본서 및 주관식등기법 기본서(p.379~380, p.394)에도 수록되었으며, 관련 예상문제로 예시된 바 있다(p.396). 목차 위주로 학습을 하지 않고 기본서 위주로 학습을 한 수험생은 답안지를 작성하는데 어려움이 없었을 것이다.

전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 양도하는 것은 원칙적으로 불가능하였다(대판 2002. 8. 23. 선고 2001다69122 판결). 하지만 판례는 존속기간의 만료 등으로 전세권이 소멸한 경우 해당 전세권은 전세금반환채권을 담보하는 범위 내에서 유효한 것이고 이때에는 전세금반환채권의 전부는 물론 일부에 대한 양도를 인정한다(대판 2005. 3. 25. 선고 2003다35659판결). 2011년도 개정법은 판례의 태도를 입법화한 것이다. 【중요논점 1】

등기관이 전세금반환채권의 일부양도를 등기원인으로 하여 전세권 일부이전등기를 할 때에는 양도액을 기록하여야 한다. 물론 위 부동산등기법 제73조의 규정은 전세금반환채권의 전부양도를 등기원인으로 전세권이전등기가 불가능하다는 취지는 아니다. 전세금반환채권을 전부양도한 경우에 등기부나 등기신청서에 양도액을 기재하지 않는다는 것이고 전세금반환채권을 일부양도한 경우에는 등기부나 등기신청서에 (지분이 아니라) 양도액을 기재하여야 한다는 것을 의미할 뿐이다. 이는 채권의 일부양도에 따른 저당권이전등기를 할 때에 양도액을 기록하는 것과 마찬가지로이다(부동산등기법 제79조). 【중요논점 2】

한편 전세권과 마찬가지로 임차권의 경우에도 그 임대차관계가 종료된 경우에 임차보증금반환채권의 일부양도를 원인으로 한 임차권일부이전등기가 가능한 것인지 의문이 있을 수 있다. 전세권의 경우에는 그 존속기간의 만료 등으로 전세권이 소멸하더라도 담보물권적 성격은 가지므로 그 이전등기가 가능하다고 할 것이나 임차권의 경우에는 임차권이 등기되어 물권으로서의 성격을 갖는다 하더라도 그것은 용역물권으로서의 성격을 갖고 있을 뿐 담보물권적 성질은 인정될 여지가 없으므로 임대차관계가 종료된 경우에는 그 이전등기가 불가능하다고 할 것이다. 【중요논점 3】

【문 2-1】 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차 (35점)

유증을 원인으로 한 소유권이전등기신청서 작성문제가 2006년도(제13회), 2014년도(제20회), 2022년도(제28회)에 거듭 출제된 바 있고 최근에 관련 등기선례도 많이 쏟아져 나와서 이번에는 논술부분에서 출제가능성이 많다고 주의를 촉구한바 여러 번 있었고, 모의고사반에서도 1순환 때에는 4회차 문제로, 3순환 때에는 6회차 문제로 실전테스트를 하고 예시답안을 제시한 바 있었다. 또한 주관식등기법 기본서(p.342~345)에도 수록되었으며, 관련 예상문제로 예시수록되어 있다(p.372). 따라서 본 강사의 모의고사반 학습과정에 맞추어 공부하신 분들은 적어도 등기법 분야에서는 충분히 합격점을 받았을 것을 자신한다.

이 문제에서 반드시 언급하여야 하는 부분으로는 (1) 이 사안은 갑이 소유하는 X토지와 Y토지 및 W건물 중 W건물만 유증하였으므로 포괄적 유증이 아니라 특정유증이라는 점 【중요논점 1】 (2) 자필증서에 의한 방식으로 유증을 하였으므로 가정법원의 검인을 받아야 한다는 점 【중요논점 2】 (3) 유언집행자를 별도 지정하지 아니하였으므로 상속인이 유언집행자가 된다는 점 【중요논점 3】 (4) 유언집행자(상속인)가 수인인 경우에는 과반수의 유언집행자(상속인)가 등기의무자가 되면 충분하다는 점 【중요논점 4】 (5) 등기필정보가 없으므로 위 과반수의 등기의무자가 등기소에 출석하여 등기관이 확인조서를 작성하는 방식으로 처리할 수밖에 없다는 점(혹은 공증받은 등기신청서를 제출하는 방식으로도 처리가능함) 【중요논점 5】 등을 거론할 수 있다.

【문 2-2】 합필등기절차 (15점)

합필등기절차도 논술부분에서 출제가능성이 많다고 주의를 촉구한바 여러 번 있었으며, 또한 주관식등기법 기본서(p.432~433)에도 수록되었으며, 관련 예상문제로 예시된 바 있다(p.438). 마찬가지로 모의고사반 학습과정에 맞추어 공부하신 분들은 적어도 등기법 분야에서는 충분히 합격점을 받았을 것을 자신한다.

이 문제는 수험생이 합필등기의 허용여부에 대한 최근 선례를 알고 있는 지를 확인해보고, 합필등기에 대한 원론적인 규정인 부동산등기법 제37조 뿐만 아니라 제38조의 특례규정의 구조를 수험생이 충분히 알고 있는 지를 물어보고자 하는 것이 출제자의 의도였다고 생각된다. 그러므로 37조에 근거하여 합필등기가 불가능하다고만 서술할 것이 아니라 38조 규정에 따라 합필등기가 허용되는 경우도 있을 수 있다고 서술하는 것이 논리적인 답안이라고 본다.

예시답안 - 부동산등기법 (논술 문1)

【문 1】 전세금반환채권의 일부양도에 따른 전세권일부이전등기절차 (20점)

I. 전세권이전등기

- 1) 전세권이전등기는 전세권자가 변동된 경우에 이를 등기부상으로 공시하는 절차로써 부동산등기법 제3조에 근거규정이 있다.
- 2) 전세권자는 설정행위로 금지하지 않는 한 전세권을 설정자의 동의 없이 타인에게 양도하는 전세권이전등기를 신청할 수 있지만, 민법 제306조 단서 및 부동산등기법 제72조 제1항 제5호의 규정에 따라 전세권양도금지의 특약등기가 기록되어 있음에도 불구하고 소유자의 동의서를 첨부하지 아니한 채 전세권이전등기를 신청하면 이는 부동산등기법 제29조 제9호의 각하사유에 해당한다.

II. 전세금반환채권의 일부양도에 따른 전세권일부이전등기

전세권이 존속하는 동안은 전세권을 존속시키기로 하면서 전세금반환채권만을 전세권과 분리하여 확정적으로 양도하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다(대판 2002. 8. 23. 2001다69122)는 것이 종전 대법원의 입장이었지만, 전세권설정등기를 마친 민법상의 전세권은 그 성질상 용익물권적 성격과 담보물권적 성격을 겸비한 것으로서, 전세권의 존속기간이 만료되면 전세권의 용익물권적 권능은 전세권설정등기의 말소 없이도 당연히 소멸하고 단지 전세금반환채권을 담보하는 담보물권적 권능의 범위 내에서 전세금의 반환 시까지 그 전세권설정등기의 효력이 존속하고 있다 할 것인데, 이와 같이 존속기간의 경과로서 본래의 용익물권적 권능이 소멸하고 담보물권적 권능만 남은 전세권에 대해서도 그 피담보채권인 전세금반환채권과 함께 제3자에게 이를 양도할 수 있다 할 것이다(대판 2005. 3. 25. 2003다35659). 개정법은 이와 같이 전세금반환채권의 일부(혹은 전부)양도가 가능하다는 판례의 태도를 반영하여 전세금반환채권의 일부 양도에 따른 전세권 일부이전등기를 허용하는 규정을 신설하였다(법 제73조; 규칙 제129조).

III. 신청절차

1. 신청인

- 1) 전세권일부이전등기는 전세권의 양도인이 등기의무자이고 전세권의 양수인이 등기권리자인데 법 제23조 제1항 규정에 따라 공동신청하는 것이 원칙이다.

2. 신청정보

1) 규칙 제43조에 규정된 일반적인 신청정보를 제공하되, 등기원인은 '전세금반환채권의 일부양도'로 기재하고, 등기의 목적은 '전세권일부이전'으로 기재한다.

2) 전세금반환채권의 일부양도를 등기원인으로 하여 전세권 일부이전등기를 신청할 때에는 신청정보로 '양도액'을 제공하여야 한다(부동산등기규칙 제129조). 다만 위 규정은 전세금반환채권의 전부양도를 등기원인으로 전세권이전등기가 불가능하다는 취지는 아니다. 전세금반환채권을 전부양도한 경우에 등기신청서에 양도액을 기재하지 않을 뿐이다.

3. 첨부정보

1) 규칙 제46조에 규정된 일반적인 첨부정보를 제공하되, 등기원인은 '전세금반환채권의 일부양도'로 기재하고, 등기의 목적은 '전세권일부이전'으로 기재한다.

2) 전세금반환채권의 일부양도를 원인으로 전세권일부이전등기를 신청하는 경우에는, 전세권이전계약서 이외에 ① 존속기간이 만료되기 전이라면 전세권이 소멸하였음을 증명하는 정보로 '전세권의 소멸청구(민법 제311조)나 소멸통고(민법 제313조)'등을 증명하는 서면을, ② '건물'전세권의 존속기간이 만료된 이후라면 전세권이 소멸하였음을 증명하는 정보로 '갱신거절의 통지(민법 제312조 제4항)'를 증명하는 서면을 추가로 제출하여야 한다(2011. 10. 12. 등기예규 제1406호).

IV. 등기의 실행

1) 소유권 이외의 권리의 이전등기는 부기등기에 의하므로(법 제52조), 전세금반환채권의 일부양도를 원인으로 전세권일부이전등기는 부기등기에 의한다.

2) 전세금반환채권을 일부양도하여 전세권일부이전등기를 하는 경우에는 등기부에 '양도액'을 기재하여야 하지만, 전세금반환채권을 전부양도하여 전세권이전등기를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

3) 전세금반환채권을 전부양도하여 전세권이전등기를 하는 경우에는 종전 권리자의 표시에 관한 사항을 말소하여야 하지만(규칙 제112조 제3호), 전세권의 일부지분을 양도하거나 전세금반환채권의 일부양도를 원인으로 전세권일부이전등기를 하는 경우에는 말소의 표시를 하지 않는다(규칙 제112조 제3호 단서).

V. 관련문제

전세권과 마찬가지로 임차권의 경우에도 그 임대차관계가 종료된 경우에 임차보증금반환채권의 일부양도를 원인으로 한 임차권일부이전등기가 가능한 것인지 의문이 있을 수 있다. 전세권의 경우에는 그 존속기간의 만료 등으로 전세권이 소멸하더라도 담보물권적 성격은 가지므로 그 이전등기가 가능하다고 할 것이나 임차권의 경우에는 임차권이 등기되어 물권으로서의 성격을 갖는다 하더라도 그것은 용역물권으로서의 성격을 갖고 있을 뿐 담보물권적 성질은 인정될 여지가 없으므로 임대차관계가 종료된 경우에는 그 이전등기가 불가능하다고 할 것이다.

예시답안 - 부동산등기법 (논술 문2-1)

【문 2-1】 유증을 원인으로 한 소유권이전등기절차 (35점)

I. 서 설

1. 의의

유증이란 유언자가 유언에 의하여 자기의 재산을 수증자에게 사후에 무상으로 양도하는 단독행위를 말한다. 유증자는 유증의 상대방·목적물·조건 등을 자유롭게 정할 수 있다(유언자유의 원칙). 이는 누구도 자기의 재산을 임의로 타인에게 양도할 수 있다는 처분의 자유에서 파생한다.

2. 본 사안이 포괄적 유증인지 특정유증인지의 문제

유증은 양도하는 재산이 특정된 것이냐 아니냐에 따라서 특정적 유증과 포괄적 유증으로 나누어진다. 포괄적 유증은 유증자의 적극적·소극적 상속재산의 전부 또는 그 비율적 일부에 해당하는 부분의 유증을 의미하고, 특정적 유증은 유증자의 적극적·소극적 재산을 구체적으로 특정하여 유증하는 것을 의미한다.

판례에 따르면 유증이 포괄적 유증인가 특정유증인가는 유언에 사용한 문언 및 그 외 제반 사정을 종합적으로 고려하여 탐구된 유언자의 의사에 따라 결정되어야 하고, 통상은 상속재산에 대한 비율의 의미로 유증이 된 경우는 포괄적 유증, 그렇지 않은 경우는 특정유증이라고 할 수 있지만, 유언공정증서 등에 유증한 재산이 개별적으로 표시되었다는 사실만으로는 특정유증이라고 단정할 수는 없고 상속재산이 모두 얼마나 되는지를 심리하여 다른 재산이 없다고 인정되는 경우에는 이를 포괄적 유증이라고 볼 수도 있다(대판 2003. 5. 27. 2000다73445).

본 건 사안의 경우 갑의 유증이 포괄적 유증인지 특정유증인지 여하에 따라 결론이 달라지는 것은 아니지만 갑이 소유하는 X토지와 Y토지 및 W건물 중 W건물만 유증하였으므로 포괄적 유증이 아니라 특정 유증이라는 것은 분명하다.

II. 등기신청인

1. 공동신청의 원칙

유언집행자는 유증의 목적인 재산의 관리 기타 유언의 집행에 필요한 행위를 할 권리의무가 있으므로 유증으로 인한 소유권이전등기는 특정유증·포괄적 유증을 불문하고 유언집행자가 등기의무자, 수증자가 등기권리자가 되어 공동으로 신청하여야 한다.

2. 유언자가 유언으로 유언집행자를 지정하지도 아니하고 유언집행자의 지정을 제3자에게 위탁하지도 아니한 경우

이 경우에는 상속인이 유언집행자가 되는 것이므로(민법 제1093조), 상속인이 등기의무자, 수증자가 등기권리자가 되어 그 등기를 공동으로 신청하여야 한다.

3. 유언집행자가 수인인 경우

유언집행자가 수인인 경우에는 임무의 집행은 그 과반수의 찬성으로써 결정하므로, 유언집행자의 과반수가 동의하면 수증자 앞으로의 소유권이전등기를 할 수 있다. 따라서 본 건 사안의 경우에는 상속인 A, B, C, D, E 중 3인 이상이 수증자 명의의 소유권이전등기절차에 동의하면 그 등기를 신청할 수 있다. 이 경우 등기절차에 협력하지 아니하는 다른 상속인을 상대로 판결을 받을 필요는 없다.

III. 등기신청방법

1) 특정유증의 경우에는 유증자의 사망과 동시에 유증자의 재산은 일단 상속인에게 귀속되므로 이론적으로는 일단 상속인에게 이전등기를 한 이후에 수증자에게 순차적으로 이전등기를 하여야 할 것이나, 유증을 원인으로 한 소유권이전등기는 포괄적 유증이든 특정유증이든 가리지 않고 모두 상속등기를 거치지 않고 유증자로부터 직접 수증자 명의로 등기를 신청하여야 한다는 것이 등기예규의 입장이다(2014. 4. 9. 등기예규 제1512호).

2) 한편 유증으로 인한 소유권이전등기 전에 상속등기가 이미 경료된 경우에도 상속등기를 말소함이 없이 상속인으로부터 유증으로 인한 소유권이전등기를 신청할 수 있다.

3) 다만 상속인에의 상속등기가 경료되고 타인에게 소유권이 이미 이전된 경우에는 그 타인 명의의 등기를 먼저 말소해야 유증으로 인한 소유권이전등기를 신청할 수 있다.

IV. 등기소에 제공하여야 하는 신청정보

등기소에 제공하여야 하는 일반적인 신청정보는 규칙 제43조에 규정되어 있으므로 여기에서는 몇 가지 특이한 점만 살펴본다.

1. 등기원인과 그 연월일

등기원인은 '○년 ○월 ○일 유증'으로 기재하되, 그 연월일은 유증자 값이 사망한 날을 기재한다.

2. 등기의무자의 표시

(1) 유증자 명의로 등기되어 있는 경우

상속인 5인 중 과반수 이상(A, B, C)이 수증자 명의의 소유권이전등기절차에 동의하는 경우에는 등기신청서의 등기의무자란에는 "유증자 망 값의 유언집행자 A, B, C"을 표시하여야 한다.

(2) 상속인 명의로 상속등기가 경료된 경우

상속인 A, B, C, D, E를 등기명의인으로 하는 상속으로 인한 소유권이전등기가 마쳐진 경우에도 상속등기를 말소하지 않은 채로 상속인으로부터 수증자에게로 유증을 원인으로 한 소유권이전등기를 신청할 수 있는데, 만일 과반수 이상(A, B, C)이 수증자 명의의 소유권이전등기절차에 동의하는 경우에는 등기신청서의 등기의무자란에는 "A, B, C, D, E. 유증자 망 값의 유언집행자 A, B, C"을 표시하여야 한다(2022. 03. 17. 부동산등기과-750 질의회답)

3. 등기의무자의 등기필정보

유증을 등기원인으로 하여 소유권이전등기를 신청하는 경우 유증자의 등기필정보를 신청정보의 내용으로 등기소에 제공하여야 한다(「부동산등기법」 제50조 제2항, 등기예규 제1512호 4. 나.). 멸실 등의 사유로 이러한 등기필정보를 제공할 수 없는 경우, 그 등기신청을 위임받은 자격자 대리인은 신청서에 등기의무자로 기재된 유언집행자로부터 등기신청을 위임받았음을 확인하고 그 확인한 사실을 증명하는 정보(확인서면 등의 확인정보)를 첨부정보로서 등기소에 제공할 수 있다(「부동산등기규칙」 제111조),

다만 본 건 사안의 경우는 자격자대리인에게 등기를 위임한 경우가 아니므로 확인서면을 제출할 수는 없고, 유언집행자 전원(A, B, C, D, E) 중 과반수인 3인 이상(A, B, C)이 등기소에 출석하고 등기관이 그 3인에 대한 확인조서를 작성하거나, 등기신청서 중 등기의무자 부분에 공증을 받아 이를 등기소에 제공하는 방식으로 진행하여야 한다(「부동산등기법」 제51조, 「부동산등기규칙」 제111조), 소유권이전등기를 신청하는 경우 신청서에 첨부된 확인정보는 유언집행자의 과반수 이상(A, B, C)의 것이면 충분하고 반드시 유언집행자 전원(A, B, C, D, E)의 것이 첨부될 필요는 없다(등기선례 5-334 참고)(2022. 02. 23. 부동산등기과-544 질의회답)

V. 등기소에 제공하여야 하는 첨부정보

등기소에 제공하여야 하는 일반적인 첨부정보는 규칙 제46조에 규정되어 있으므로 여기에서는 첨부정보로서 제공하여야 하는 것 중 몇 가지 특이한 점에 대하여 살펴본다.

1. 유증자의 사망을 증명하는 서면

유증의 효력은 유언자의 사망 시에 발생하는 것이므로 유증자의 사망을 증명하는 유증자에 대한 기본 증명서(상세)나 제적등본 등을 첨부정보로 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제1호).

2. 유언증서

등기원인을 증명하는 정보로 유언증서를 첨부정보로 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제1호). 또한 자필증서에 의한 유언이므로 가정법원으로부터 검인을 받은 그에 대한 유언검인조서등본을 제공하여야 한다.

3. 유언집행자의 자격을 증명하는 서면

유언집행자의 자격을 증명하는 서면을 제출하여야 하는바(규칙 제46조 제1항 제5호), 별도로 유언집행자에 대한 지정이 없는 경우에는 상속인이 유언집행자가 되는 것이므로 유언증서와 상속인임을 증명하는 가족관계등록사항별증명서(상세)를 제공하여야 한다(2018. 9. 18. 부동산등기과-2127 질의회답).

4. 상속인들의 진술서 등이 필요한 경우

본 건 사안의 경우에는 그 적용이 없지만 만약에 검인기일에 출석한 상속인들이 “유언자의 자필이 아니고 날인도 유언자의 사용인이 아니라고 생각한다”는 등의 다툼 있는 사실이 기재되어 있는 검인조서를 첨부한 경우에는 유언 내용에 따른 등기신청에 이의가 없다는 위 상속인들의 진술서(인감증명서 첨부) 또는 위 상속인들을 상대로 한 유언유효확인 소나 수증자 지위 확인의 소의 승소 확정판결문을 첨부하여야 한다(2014. 4. 9. 등기예규 제1512호).

5. 유언집행자의 인감증명

유증을 원인으로 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 유언집행자가 등기의무자이므로 유언집행자의 인감증명을 첨부정보로서 제공하여야 한다. 이 경우의 인감증명은 소유권의 등기명의인이 등기의무자인 경우이기 때문에 이를 제공하는 것이지(규칙 제60조 제1항 제1호), 등기필정보가 없기 때문에(규칙 제60조 제1항 제3호) 이를 제공하는 것은 아니다.

6. 신청인이 법인인 경우에는 그 대표자의 자격을 증명하는 정보

수증자인 법인대표자의 자격을 증명하는 정보를 첨부정보로서 제공하여야 한다(규칙 제46조 제1항 제4호). 이 경우의 대표자의 자격을 증명하는 정보라 함은 법인등기사항전부증명서 혹은 일부증명서를 의미한다. 다만 법인등기되어 있는 등기소와 부동산등기를 하고자 하는 등기소가 동일한 경우에는 법인등기사항증명서를 제공할 필요가 없다(규칙 제46조 제5항).

VI. 관련문제

1. 상속인의 유류분을 침해하는 내용의 유증으로 인한 소유권이전등기의 가부

유증으로 인한 소유권이전등기신청이 상속인의 유류분을 침해하는 내용이라 하더라도 등기관은 이를 수리하여야 한다. 등기관에게는 그에 대한 심사권이 없기 때문이다. 물론 상속인은 그의 유류분에 부족이 생긴 때에는 부족한 한도 내에서 그 재산의 반환을 청구할 수 있다(1988. 9. 2. 등기선례 2-329).

2. 가정법원의 검인을 받은 유언증서가 적법한 요건을 갖추지 아니한 경우

민법 제1066조의 요건을 구비하지 못한 자필증서(작성년월일, 주소, 성명, 날인의 누락)를 첨부하여 유증을 원인으로 하는 소유권이전등기를 경료받을 수는 없다(1998. 9. 16. 등기선례 5-334). 그러므로 유언증서에 가정법원에 의한 검인이 되어 있는 경우에도 그 유언증서가 적법한 요건을 갖추지 아니한 경우에는 그 등기신청을 수리하여서는 아니 된다.

예시답안 - 부동산등기법 (논술 문2-2)

【문 2-2】 합필등기의 허용여부에 대한 문제 (15점)

I. 설문 가. (7점)

1. 원칙적으로 불허용

(1) 합필하려는 X토지, Y 토지에 등기원인 및 그 연월일 접수번호가 동일한 병명의의 저당권등기가 경료된 경우에는 합필등기를 할 수 있고(부동산등기법 제37조 제1항 제2호), 그 저당권이 설문과 같이 근저당권인 경우에도 마찬가지이다.

(2) 다만 공유자의 지분이 각각 상이한 토지에 대하여는 합필등기를 할 수 없으며(1984. 10. 2. 등기선례 1-559), 소유권의 등기명의인이 동일한 X 토지와 Y 토지의 등기기록 모두에 소유권의 등기 외에 등기원인 및 그 연월일과 접수번호가 동일한 저당권에 관한 등기만 있는 경우라도 X 토지의 저당권은 토지 전부를 목적으로 하고 있으나, Y 토지의 저당권은 소유권의 일부 지분만을 목적으로 하고 있다면 X 토지를 Y 토지에 합병하는 합필등기를 신청할 수는 없다(2019. 4. 4. 부동산등기과-844 질의회답). 이는 합병 후 토지의 물리적 일부에만 저당권이 존속할 수는 없기 때문이다.

2. 예외적으로 허용된다고 볼 수 있는 경우

다만 합필등기의 특례 규정인 부동산등기법 제38조 제2항에서는 토지합병절차를 마친 후 합필등기를 하기 전에 합병된 토지 중 어느 토지에 관하여 제37조 제1항에서 정한 합필등기의 제한사유에 해당하는 권리에 관한 등기가 된 경우라도 이해관계인의 승낙이 있으면 해당 토지의 소유권의 등기명의인은 그 권리의 목적물을 합필 후의 토지에 관한 지분으로 하는 합필등기를 할 수 있다고 하고 있으므로, 설문의 경우 X 토지와 Y 토지가 합병된 이후에 양 토지에 근저당권이 기입된 된 경우라면 그 근저당권자 병의 승낙서를 첨부하여 합필등기를 할 수 있는 것으로 해석된다.

II. 설문 나. (8점)

1. 원칙적으로 불허용

(1) 합필하려는 X토지, Y 토지에 등기원인 및 그 연월일 접수번호가 동일한 병명의의 근저당권등기가 경료된 경우에는 합필등기를 할 수 있고(부동산등기법 제37조 제1항 제2호), 어느 토지 혹은 양 토지위에 승역지 지역권등기가 있는 경우에도 마찬가지이다(부동산등기법 제37조 제1항 제1호)

(2) 그러므로 반대 해석상 설문과 같이 X토지에 대한 요역지지역권등기가 있는 경우에는 그 토지에 대한 합필등기를 할 수 없다. 요역지지역권의 등기가 모든 토지의 등기기록에 있고 그 등기사항이 모두 동일하더라도 마찬가지이다(2019. 7. 25. 부동산등기과-1909 질의회답). 이는 승역지지역권과는 달리 요역지지역권은 어느 토지의 물리적 일부에 존속할 수는 없기 때문이다.

2. 예외적으로 허용되는 경우

다만 합필등기의 특례 규정인 부동산등기법 제38조 제2항에서는 토지합병절차를 마친 후 합필등기를 하기 전에 합병된 토지 중 어느 토지에 관하여 제37조 제1항에서 정한 합필등기의 제한사유에 해당하는 권리에 관한 등기가 된 경우라도 이해관계인의 승낙이 있으면 해당 토지의 소유권의 등기명의인은 그 권리의 목적물을 합필 후의 토지에 관한 지분으로 하는 합필등기를 할 수 있다고 하고 있으므로, 설문의 경우 X 토지와 Y 토지가 합병된 이후에 X 토지에 요역지 지역권이 기입된 된 경우에는 합필등기를 할 수 있다. 다만 등기관은 그 요역지 지역권은 합병 후의 토지 전체를 위한 지역권으로 변경하여야 한다(법 제38조 제2항 후단).