

대법원 2005. 7. 14 2004다25697 판결 [말소등기불가능확인]
[공2005.8.15.[232],1315]

판 시 사 항

[1] 예고등기 후에 당해 부동산의 소유권을 취득한 제3자에게 예고등기의말소청구권이 있는지 여부(소극) 및 예고등기의 원인이 된 소를 제기한 자가 그말소등기절차를 이행하여야 할 등기의무자의 지위에 있는지 여부(소극)

[2] 당사자 사이에 부동산등기법 제170조 제2항의 절차를 이행하기로 약정한경우, 예고등기의 원인이 된 소를 제기한 자에 대하여 그 절차의 이행을 청구할수 있는지 여부(적극)

판 결 요 지

[1] 부동산등기법상 예고등기와 그 말소는 법원의 직권에 의한 촉탁에 의하여서만 할 수 있고 그 밖에 당사자의 신청에 의하여서는 말소할 수 없으므로, 예고등기 후에 당해 부동산의 소유권을 취득한 제3자에게 예고등기의 말소청구권이 있다고 할 수 없음은 물론 예고등기의 원인이 된 소를 제기한 자가 그 말소등기절차를 이행하여야 할 등기의무자의 지위에 있거나 예고등기를 말소함에 있어서 부동산등기법 제171조에서 정한 이해관계 있는 제3자라고 볼 수 없다.

[2] 부동산등기법 제170조 제2항의 규정 취지는 예고등기의 원인이 된 소를 제기하여 승소판결을

받은 자가 그 판결에 의한 등기신청을 하지 않겠다는 확정적 의사를 법원에 통지하면 법원은 그 의사를 확인하고 예고등기의 말소를 촉탁하여야 한다는 것이고, 이는 예고등기의 원인이 된 소를 제기한 자가 예고등기를 말소할 수 있는 절차를 정한 것이라 할 것이므로, 당사자 사이에 부동산등기법 제170조 제2항의 절차를 이행하기로 약정한 경우에는 예고등기의 원인이 된 소를 제기한 자는 그 절차를 이행할 실체법상 의무를 부담한다고 할 것이고, 이러한 경우에는 부동산등기법 제170조 제2항에 정한 절차의 이행을 청구할 수 있다.

참 조 조 문

[1] 부동산등기법 제170조 제1항, 제171조

[2] 부동산등기법 제170조 제2항

재 판 경 과

대법원 2005. 7. 14 선고 2004다25697 판결

서울고등법원 2004. 4. 21 선고 2003나68590 판결

춘천지방법원 강릉지원 2003. 9. 23 선고 2002가합1034 판결

전 문

【원고, 상고인】 대한불교 천태종

(소송대리인 변호사 서△은)

【피고, 피상고인】 조×기

(소송대리인 변호사 강×원)

【원심판결】 서울고법 2004. 4. 21. 선고 2003나68590 판결

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

부동산등기법상 예고등기와 그 말소는 법원의 직권에 의한 촉탁에 의하여서만 할 수 있고 그 밖에 당사자의 신청에 의하여서는 말소할 수 없으므로, 예고등기 후에 당해 부동산의 소유권을 취득한 제3자에게 예고등기의 말소청구권이 있다고 할 수 없음은 물론 예고등기의 원인이 된 소를 제기한 자가 그 말소등기절차를 이행하여야 할 등기의무자의 지위에 있거나 예고등기를 말소함에 있어서 부동산등기법 제171조에서 정한 이해관계 있는 제3자라고 볼 수 없다.

다만, 부동산등기법 제170조 제2항의 규정 취지는 예고등기의 원인이 된 소를 제기하여 승소판결을 받은 자가 그 판결에 의한 등기신청을 하지 않겠다는 확정적 의사를 법원에 통지하면 법원은 그 의사를 확인하고 예고등기의 말소를 촉탁하여야 한다는 것이고, 이는 예고등기의 원인이 된 소를 제기한 자가 예고등기를 말소할 수 있는 절차를 정한 것이라 할 것이므로, 당사자 사이에 부동산등기법 제170조 제2항의 절차를 이행하기로 약정한 경우에는 예고등기의 원인이 된 소를 제기한 자는 그 절차를 이행할 실체법상 의무를 부담한다고 할 것이고, 이러한 경우에는 부동산등기법 제170조 제2항에 정한 절차의 이행을 청구할 수 있다 할 것이다.

원고가 이 사건에서 주장하는 청구원인을 보면, 피고가 소외 조진규를 상대로 이 사건 부동산에 관한

소유권이전등기 말소청구소송에서 승소판결을 받았으나, 그 판결은 피고와 조진규가 통정한 판결이어서 효력이 없고, 또 피고는 위 말소청구소송에서의 판결 이후에 이 사건 부동산에 대한 강제집행이 개시되자 이 사건 부동산이 자신의 소유임을 주장하며 위 조진규의 채권자인 경매신청인 등을 상대로 제3자이의 소송을 제기하였다가 패소하였고, 원고는 그 이후에 진행된 유효한 강제집행절차에서 이 사건 부동산의 소유권을 경락으로 취득하였다는 것이다.

그러나 원고와 피고 사이에 부동산등기법 제170조 제2항에서 정한 절차를 이행하기로 하는 약정이 있어 피고에게 그 절차를 이행할 의무가 있다고 볼 아무런 주장·입증이 없고, 원고가 주장하는 사유만으로는 피고에게 그러한 의무가 있다고 인정할 수 없어 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 기각되어야 할 것인바, 원고의 이 사건 청구를 배척한 원심의 판단은 결과적으로 정당하여 판결 결과에 영향이 없으므로 원고의 상고는 받아들일 수 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 원고가 부담하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 강신욱(재판장) 윤재식 고현철 김영란(주심)