

20. 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙의 의사표시

가. 개 설

부동산등기법상 권리의 변경이나 경정의 등기(제52조 제5호), 말소등기(제57조), 회복등기(제59조)를 신청하는 경우에 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 때에는 신청서에 그의 승낙서 또는 그에게 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못한 등기는 등기상 이해관계 있는 제3자에 대한 관계에서는 무효이다.³⁷⁷⁾³⁷⁸⁾ 따라서 위의 각 경우에 등기신청인이 제3자의 승낙을 받지 못할 때에는 그 제3자를 상대로 이를 소구하여야 한다. 여기서 말하는 ‘등기상 이해관계가 있는 제3자’란 그 등기를 함으로써 손해를 입을 우려가 있는 사람으로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 기존의 등기부 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 사람을 말하며,³⁷⁹⁾³⁸⁰⁾ 또 여기서의 ‘손해를 입을 우려’가 있는지의 여부는 제3자의 권리취득 등기시(말소등기시)를 기준으로 할 것이 아니라 회복등기시를 기준으로 판별하여야 한다.³⁸¹⁾ 그러나 말소회복등기절차에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자가 있어 그의 승낙이 필요한 경우라고 하더라도, 그 제3자가 등기권리자에 대한 관계에 있어 그 승낙을

377) 대법원 2001. 1. 16. 선고 2000다49473 판결, 대법원 1983. 3. 8. 선고 82다카1168 판결

378) 원인무효인 소유권이전등기 명의인을 채무자로 한 가압류등기와 그에 터 잡은 경매신청기입등기가 경료된 경우, 그 부동산의 소유자는 원인무효 소유권이전등기의 말소를 위하여 이해관계에 있는 제3자인 가압류채권자를 상대로 하여 원인무효 등기의 말소에 대한 승낙을 청구할 수 있고, 그 승낙이나 이에 갈음하는 재판이 있으면 등기공무원은 신청에 따른 원인무효 등기를 말소하면서 직권으로 가압류등기와 경매신청기입등기를 말소하여야 할 것인바, 소유자가 원인무효인 소유권이전등기의 말소와 함께 가압류등기 등의 말소를 구하는 경우, 그 청구의 취지는 소유권이전등기의 말소에 대한 승낙을 구하는 것으로 해석할 여지가 있다.(대법원 1998. 11. 27. 선고 97다41103 판결)

379) 부동산등기법 제59조가 정한 등기상 이해관계 있는 제3자란 말소회복등기가 되면 손해를 입을 우려가 있는 사람으로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 기존의 등기 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 자를 의미한다.(대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다18011 판결)

380) 부동산등기법 제74조는 등기사항의 일부에 대하여 등기의 경정을 하는 경우에도 법 제63조를 준용한다고 규정하고 있고, 법 제63조는 등기상 이해관계 있는 제3자가 있는 경우에는 등기신청서에 그 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하도록 규정하고 있으므로, 경정등기의 신청에 있어서도 등기상 이해관계가 있는 제3자가 있을 경우에는 신청서에 그 승낙서 또는 그에 대항할 수 있는 재판의 등본을 반드시 첨부하여야 하고, 이 때 등기상 이해관계 있는 제3자라 함은 기존 등기에 존재하는 착오 또는 유무를 바로 잡는 경정등기를 허용함으로써 손해를 입게 될 위험성이 있는 등기상의 권리자를 의미하는데, 그와 같이 손해를 입게 될 위험성은 등기의 형식에 의하여 판단하고 실질적으로 손해를 입을 염려가 있는지 여부는 고려의 대상이 되지 아니한다(대법원 1998. 4. 9.자 98마40 결정).

381) 대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카5673 판결

하여야 할 실체법상의 의무가 있는 경우가 아니면, 그 승낙요구에 응하여야 할 이유가 없다.³⁸²⁾

나. 청구취지 기재례

☐ 소유권보존등기말소등기승낙

피고는 원고에게, 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2004. 5. 10. 접수 제36797호로 경료한 소유권보존등기의 각 말소등기에 대하여 각 승낙의 의사 표시를 하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] [1] 부동산소유자의 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 권리취득명의자를 상대로 말소등기청구의 소를 제기하여 승소 확정판결을 받은 경우, 소유자나 다른 채권자가 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 승낙의 의사표시를 구할 수 있는지 여부(적극) 및 이는 그 제3자가 이미 전소에서 승소 확정판결을 받은 채권자인 경우에도 마찬가지인지 여부(적극)

어느 채권자가 채권자대위권을 행사하는 방법으로 제3채무자를 상대로 소송을 제기하여 판결을 받은 경우, 어떠한 사유로든 채무자가 채권자대위소송이 제기된 사실을 알았을 때에는 그 판결의 효력이 채무자에게 미치므로, 이러한 경우에는 그 후 다른 채권자가 동일한 소송물에 대하여 채권자대위권에 기한 소를 제기하면 전소의 기판력을 받게 된다(대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결 등 참조). 그러나 부동산의 소유자가 그 부동산상의 권리취득명의자를 상대로 구하는 말소등기청구와 그 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 구하는 승낙의 의사표시 청구는 당사자와 소송물을 달리하는 것이므로, 소유자의 채권자가 이미 채권자대위권을 행사하는 방법으로 권리취득명의자를 상대로 말소등기청구의 소를 제기하여 승소 확정판결을 받음으로써 그 기판력이 소유자나 그의 다른 채권자에게까지 미친다 하더라도, 소유자나 다른 채권자로서는 등기상 이해관계 있는 제3자를 상대로 승낙의 의사표시를 청구할 수 있고, 이는 그 제3자가 이미 전소에서 승소 확정판결을 받은 채권자라 하여 달리 볼 것이 아니다.

[2] 부동산등기법 제171조에 정한 '등기상 이해관계 있는 제3자'의 의미 및 위 제3자가 승낙의무를 부담하는지 여부의 판단 기준

부동산등기법 제171조에서 말하는 등기상 이해관계 있는 제3자란 말소등기를 함으로써 손해를 입을 우려가 있는 등기상의 권리자로서 그 손해를 입을 우려가 있다는 것이 등기부 기재에 의하여 형식적으로 인정되는 자이고, 그 제3자가 승낙의무를 부담하는지 여부는 그 제3자가 말소등기권리자에 대한 관계에서 그 승낙을 하여야 할 실체법상의 의무가 있는지 여부에 의하여 결정된다(대법원 2007. 4. 27. 선고 2005다43753 판결 등 참조).

[3] 원인 무효의 소유권보존등기가 경료되어 있는 부동산에 관하여 그 소유자의 등기말소청구권을 보전하기 위하여 소유자의 채권자의 대위신청에 따라 처분금지가처분등기가 경료되고, 이어 다른 채권자의 대위신청에 따라 위 부동산에 관하여 또 다시 처분금지가처분등기가 경료된 경우 후행

382) 대법원 2004.02.27. 선고 2003다35567 판결

가처분 채권자가 소유자를 대위하여 선행 가처분 채권자를 상대로 소유권보존등기의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 구할 수 있는지 여부(적극)

원인 무효의 소유권보존등기가 경료되어 있는 부동산에 관하여 그 소유자의 등기말소청구권을 보전하기 위하여 소유자의 채권자의 대위신청에 따라 처분금지가처분등기가 경료되고, 이어 다른 채권자의 대위신청에 따라 위 부동산에 관하여 또 다시 처분금지가처분등기가 경료된 후, 선행 가처분 채권자가 그 본안소송에서 승소의 확정판결을 받아 이에 기하여 위 소유권보존등기의 말소등기를 신청하는 경우 후행 가처분등기는 선행 가처분 채권자의 피보전권리 실현의 등기를 함에 따라 사건이 등기할 것이 아닌 때에 해당하게 되어 등기공무원에 의하여 직권으로 말소될 대상이기는 하지만, 그렇다고 하여 후행 가처분 채권자가 소유자를 대위하여 선행 가처분 채권자를 상대로 소유권보존등기의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 구할 수 없는 것은 아니다.(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008다 25510 판결)

㊦ 소유권이전등기말소등기회복등기승낙

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 2014. 3. 8. 접수 제 1258호로 말소등기된 같은 법원 2013. 9. 2. 접수 제7258호로 마친 소유권이전등기의 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

㊦ 소유권이전등기말소등기회복등기승낙(예비적 병합)

(주위적으로) 피고는 원고에게 별지 목록 1, 2, 3기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 1984. 6. 30. 접수 제3786호로 마친 소유권이전등기 및 별지 목록 4기재 부동산에 관하여 같은 지원 같은 날 접수 제3787호로 마친 소유권이전청구권가등기의 말소등기절차를 이행하고, (예비적으로) 피고는 소외 강○○이 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 1984. 6. 30. 접수 제3783호로 말소등기된 같은 지원 1979. 4. 10. 접수 제1242호로 마친 소유권이전등기의 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 가등기권리자가 그 가등기의 바탕이 된 본등기가 부적법하게 말소되었음을 이유로 직접 말소된 위 본등기의 회복등기절차의 이행을 구할 수 있는지 여부

가등기의 바탕이 되는 본등기가 이해관계인인 위 가등기권리자의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부함이 없이 말소된 경우, 그 가등기권리자는 위 본등기가 회복되지 않는 한 가등기에 기한 본등기를 할 수 없게 되는데, 등기의 말소가 실체법상 혹은 등기법상 부적법한 경우에 인정되는 구제방법인 회복등기제도의 본래의 취지에 비추어 볼 때 가등기권리는 부동산등기법 제 171조에 의한 권리로서 직접 위 말소등기의 회복을 구할 수 있다.(서울고법 1986. 12. 11. 85나3757 판결)

☐ 소유권이전청구권가등기말소등기회복등기승낙

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여, ○○지방법원 ○○등기소 1993. 9. 28. 접수 제2413호로 말소된 같은 등기소 1992. 4. 4. 접수 제268호 소유권이전청구권 가등기의 회복등기에 대하여 승낙의사를 표시하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 경매절차에서의 가등기권자 신고서가 전체 취지에 비추어 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기임을 신고한 것으로 볼 수 있는 경우, 담보가등기로 취급되어 말소된 가등기의 회복을 구하는 것이 신의칙에 반하지 않는다고 본 사례

경매 부동산에 대한 선순위 가등기권자가 경매법원에 “부동산을 분양받아 그 대금 일부를 지급하였으나, 매도인의 부도로 진입로 문제에 대한 해결이 불가능하므로 그 지급한 금원을 반환받고자 하며 이를 담보가등기로 신고하니 배당을 요구한다.”는 내용의 신고서를 제출하여, 경매법원이 이를 담보가등기로 취급하여 경락으로 인한 말소등기를 촉탁하고 가등기권자에게 배당을 실시하는 배당표를 작성하였으나 배당이의소송에서 담보가등기가 아니라는 이유로 배당에서 제외되자 가등기권자가 원래의 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기임을 주장하면서 가등기말소회복등기를 위한 경락인의 승낙을 구한 사안에서, 그 신고서의 결론에 담보가등기로 신고하는 내용을 담고 있기는 하지만 그 전체적인 취지로 보면 오히려 그 가등기는 소유권이전청구권 보전을 위하여 경료된 것임을 신고한 것으로 해석된다는 이유로, 가등기권자로서는 위 신고서 제출로 인하여 경매법원이나 경락인에 대하여 그 가등기가 경락으로 인하여 당연히 말소될 것이라는 신의를 공여하였다고 보기 어렵고, 설사 경락인이 그 가등기는 경락으로 말소될 것이라는 판단하에 그 부동산을 경락받았다고 하더라도 이는 가등기권자가 신의를 공여함으로써 인한 것이라고 볼 수 없다고 한 사례.(대법원 1996. 9. 6. 선고 95다51694 판결)

[참조판례] 부적법하게 말소된 가등기의 회복등기절차에서 부동산등기법 제75조 소정의 승낙을 할 의무가 있는 등기상 이해관계 있는 제3자의 범위

가등기가 가등기권리자의 의사에 의하지 아니하고 말소되어 그 말소등기가 원인 무효인 경우에는 등기상 이해관계 있는 제3자는 그의 선의, 악의를 묻지 아니하고 가등기권리자의 회복등기절차에 필요한 승낙을 할 의무가 있으므로, 가등기가 부적법하게 말소된 후 가처분등기, 근저당권 설정등기, 소유권이전등기를 마친 제3자는 가등기의 회복등기절차에서 등기상 이해관계 있는 제3자로서 승낙 의무가 있다.(대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결)

☐ 소유권이전청구권가등기말소등기회복등기승낙

피피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산 중 10분의 9 지분에 관하여 수원지방법원 동수원등기소 2012. 12. 23. 접수 제208116호로 말소등기된 같은 등기소 2006. 6. 11. 접수 제49813호로 마친 가등기의 회복등기절차에 대하여 승낙의 의사표시를 하라

소송비용은 피고가 부담한다.

㊦ 전세권설정등기말소등기회복등기승낙

(주위적으로) 피고들은 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○ 등기소 2009. 1. 7. 접수 제1700호로 말소된 같은 등기소 2005. 8. 30. 접수 제113686호 전세권설정등기의 회복등기에 대하여 승낙의사를 표시하고, (예비적으로) 피고 이○민, 이○승은 원고에게 540,000,000원 및 이에 대하여 청구취지변경서 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] 경매신청기입등기일로부터 6개월 이후에 존속기간이 만료되어 경매로 인하여 소멸하지 않는 전세권 등에 기하여 경매신청을 한 경우, 낙찰허가결정 후 전세금을 제외한 채권계산서를 제출하면서 전세금의 배당요구를 철회할 수 있는지 여부

전세권의 전세기간이 경매신청기입등기일로부터 6개월 이후에 만료되나 전세기간의 만료 이후에 계속 경매절차가 진행되어 낙찰허가결정이 내려지고 이에 따라 낙찰이 이루어진 경우에 전세권자는 낙찰자에 대하여 전세권의 효력을 주장하거나, 또는 경매절차에서 전세금 상당액의 배당요구를 할 수 있다고 할 것인데, 전세권자가 이미 전세권에 기한 경매신청을 한 이상, 전세권은 후자의 배당요구를 선택한 것이므로 전세권은 경매의 완결로 소멸되었다고 할 것이고, 이에 대하여 전세권자는 낙찰기일후 전세금을 제외한 채권계산서를 제출하고 배당기일에 이의를 진술함으로써 배당요구를 철회하였다고 주장하지만, 이미 전세권에 기한 경매신청으로 전세권이 소멸됨을 전제로 하여 낙찰허가결정이 난 이상 그 이후에는 배당요구를 철회할 수 없다고 할 것이므로 전세권자의 배당요구철회는 효력이 없다.(인천지법 1999. 6. 23. 선고 99가합881 판결 : 항소)

㊦ 전세권설정등기말소등기회복등기승낙

피고는 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 ○○지방법원 1997. 8. 6. 접수 제138231호로 말소등기가 마쳐진 같은 법원 1996. 4. 16. 접수 제115869호 전세권설정 등기의 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 말소등기나 기타 처분이 무효이지만 당사자가 자발적으로 말소등기를 한 경우 말소회복 등기의 가부(소극)

부동산등기법 제75조 소정의 말소회복등기란 어떤 등기의 전부 또는 일부가 부적법하게 말소된 경우에 그 말소된 등기를 회복하여 말소 당시에 소급하여 말소가 없었던 것과 같은 효과를 생기게 하는 등기를 말하는 것으로서, 여기서 부적법이란 실체적 이유에 기한 것이건 절차적 하자에 기한 것임을 불문하고 말소등기나 기타의 처분이 무효인 경우를 의미하는 것이기 때문에 어떤 이유이건 당사자가 자발적으로 말소등기를 한 경우에는 말소회복등기를 할 수 없다.(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다63974 판결)

㊦ 근저당권설정등기말소등기회복등기승낙

피고 1은 피고 2와 연대하여 원고에게 1억 원 및 이에 대하여 소장부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하고, 피고 2는 주위적으로, 원고에게 별지 목록 기재 각 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○지원 ○○등기소 2007. 10. 17. 접수 제135733호로 말소등기된 같은 등기소 2004. 11. 1. 접수 제1010553호 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행하고, 예비적으로 피고 1과 연대하여 1억 원 및 이에 대하여 소장부분 송달 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하고, 피고 주식회사 ○○은행은 위 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라. 소송비용은 피고들이 부담한다.

㊦ 근저당권설정등기말소등기회복등기승낙

1. 피고 1은 피고 2 주식회사에게 별지 목록 각 기재 부동산 중 1/4지분에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2008. 9. 12. 접수 제45700호로 말소된 같은 등기소 2003. 8. 1. 접수 제52700호로 마친 근저당권설정등기의 회복등기절차를 이행하라.
2. 피고 3 주식회사는 피고 2 주식회사에게 위 근저당권설정등기의 회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.
3. 피고 2 주식회사는 소외 1에게 위 근저당권설정등기에 대하여 채권최고액 24,000,000 원의 범위 내에서 근저당권이전등기절차를 이행하라.
4. 소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] [1] 선순위 공동저당권자가 공동저당의 목적인 채무자와 물상보증인의 공유지분 중 '물상보증인의 공유지분'에 대하여 먼저 경매가 실행되어 그 경매대금배당 및 임의변제로 피담보채무가 소멸하자 '채무자의 공유지분'에 대한 저당권설정등기의 말소등기를 한 사안에서, 그 말소등기는 아무런 권원 없이 마쳐져 무효이므로 '물상보증인의 공유지분'에 대한 후순위저당권자는 물상보증인을 대위하여 채무자에게 말소된 선순위 저당권설정등기의 회복등기절차 이행을 구할 수 있다고 한 사례

[2] 공동저당의 목적인 물상보증인 소유 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 선순위 공동저당권자가 변제를 받음에 따라 물상보증인이 채무자 소유 부동산에 대한 선순위 공동저당권자의 저당권을 대위취득하는 경우, 대위에 의한 저당권이전등기를 마쳐야 그 저당권의 취득을 주장할 수 있는지 여부(소극)

공동저당의 목적인 채무자 소유의 부동산과 물상보증인 소유의 부동산 중 물상보증인 소유의 부동산에 대하여 먼저 경매가 이루어져 그 경매대금의 교부에 의하여 선순위 공동저당권자가 변제를 받은 경우, 물상보증인은 민법 제481조, 제482조에 정한 변제자대위에 의하여 선순위 공동저당권자의 저당권을 취득하고 이는 법률의 규정에 의한 물권의 취득으로 등기를 요하지 않으므로, 대위취득자인 물상보증인이나 그를 대위하는 물상보증인 소유의 부동산에 대한 후순위저당권자는 대위에 의한 저당권이전등기를 마치지 않고도 그 저당권의 취득을 주장할 수 있다.(부산지방법원 2009. 5. 14.

선고 2008가단165261 판결 : 확정)

☐ 근저당권설정등기말소등기·지상권설정등기말소등기 회복등기승낙

피고 주식회사 ○○는 원고에게, ○○시 ○○면 ○○리 산 54-2 임야 10,944㎡에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1998. 7. 10. 접수 제 49409호로 말소등기된 같은 등기소 1997. 12. 5. 접수 제84969호, 제84971호 각 근저당권설정등기와 같은 등기소 1998. 7. 10. 접수 제49410호로 말소등기된 같은 등기소 1997. 12. 5. 접수 제84970호 지상권설정등기의 각 회복등기절차를 이행하고, 피고 박은숙은 원고에게 위 각 근저당권설정등기와 지상권설정등기의 각 말소회복등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] [1] 말소회복등기와 양립할 수 없는 등기는 회복의 전제로서 말소의 대상이 될 뿐이고, 그 등기명의인은 부동산등기법 제75조 소정의 등기상 이해관계 있는 제3자라고 볼 수 없으므로 그 등기명의인을 상대로 말소회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 청구는 당사자적격말소회복등기와 양립할 수 없는 등기는 회복의 전제로서 말소의 대상이 될 뿐이고, 그 등기명의인은 부동산등기법 제75조 소정의 등기상 이해관계 있는 제3자라고 볼 수 없으므로 그 등기명의인을 상대로 말소회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 청구는 당사자적격이 없는 자에 대한 청구로서 부적법하다는 원심 판단을 수긍한 사례.

[2] 말소회복등기절차에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙의무

말소회복등기절차에 있어서 등기상 이해관계 있는 제3자가 있어 그의 승낙이 필요한 경우라고 하더라도, 그 제3자가 등기권리자에 대한 관계에 있어 그 승낙을 하여야 할 실체법상의 의무가 있는 경우가 아니면, 그 승낙요구에 응하여야 할 이유가 없다.(대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결)

☐ 근저당권설정등기말소등기승낙

1. 피고 1은 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2010. 9. 29. 접수 제25649호로 마친 근저당권일부이전등기의 말소등기절차를 이행하라.
 2. 피고 2는 원고에게 위 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 2009. 2. 3. 접수 제3020호의 근저당권설정등기의 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.
- 소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] [1] 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 증명책임자(=그 존재를 주장하는 측)

근저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고, 채무의 확정을 장래에 보류하여 설정하는 저당권으로서(민법 제357조 제1항), 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도까지 담보하기 위한 목적으로 설정되는 담보권이므로, 근저당권설정행위와는 별도로 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있어야 하고, 근저당권의 성립 당시 근저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 있었는지 여부에 대한 입증책임은 그 존재를 주장

하는 측에 있다.

[2] 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는 경우 그 채권에 대한 압류명령의 효력(무효) 및 이 경우 압류권자가 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무 부담 여부(적극) 근저당권이 있는 채권이 압류되는 경우, 근저당권설정등기에 부기등기의 방법으로 그 피담보채권의 압류사실을 기입등기하는 목적은 근저당권의 피담보채권이 압류되면 담보물권의 수반성에 의하여 종된 권리인 근저당권에도 압류의 효력이 미치게 되어 피담보채권의 압류를 공시하기 위한 것이므로, 만일 근저당권의 피담보채권이 존재하지 않는다면 그 압류명령은 무효라고 할 것이고, 근저당권을 말소하는 경우에 압류권자는 등기상 이해관계 있는 제3자로서 근저당권의 말소에 대한 승낙의 의사표시를 하여야 할 의무가 있다.(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다72070 판결)

☐ 소유권이전청구권가등기·소유권이전등기의 각 말소등기승낙

피고는 원고에게 별지 제1목록 기재 건물에 관하여, 소외 ○○토건 주식회사, 최○방, 김○애, 최○상, 황○춘, 안○황, 이○재, 강○영, 김○영, 전○윤, 전○국, 전○일, 손○복, 모○철이 ○○지방법원 1994. 9. 29. 접수 제53243호로 마친 각 소유권이전청구권가등기와 같은 법원 1994. 12. 29. 접수 제57628호로 마친 별지 제2목록 기재 각 지분에 의한 각 소유권이전등기의 각 말소 등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 소유권이전등기말소청구소송이 제기되어 그에 따른 말소예고등기가 경료된 후 원고 승소판결이 확정되기 전에 제3자의 신청에 의한 소유권이전등기말소등기청구권을 피보전권리로 한 가처분등기가 경료된 경우, 위 가처분권자는 위 말소등기청구소송의 확정판결에 기한 소유권이전등기말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있는지 여부 및 위 확정판결이 위 가처분결정에 저촉되는지 여부

소유권이전등기말소청구소송이 제기되어 그에 따른 말소예고등기가 경료된 후 원고 승소판결이 확정되기 전에 제3자의 신청에 의한 소유권이전등기말소등기청구권을 피보전권리로 한 가처분등기가 마쳐진 경우, 그 제3자는 이해관계 있는 제3자로서 특별한 사정이 없는 한 그 승소판결을 받은 자에게 그 말소등기에 대하여 승낙의 의사표시를 할 의무가 있고, 이 경우 제3자가 받은 처분금지가 처분결정의 피보전권리나 그 확정판결의 내용은 모두 동일한 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라는 것으로서, 결국 제3자의 위 가처분결정은 위 확정판결에 기하여 그 피보전권리가 실현될 것이므로 위 승소확정의 판결이 제3자의 처분금지 가처분결정에 저촉된다고 볼 수는 없다.(광주지법 1999. 5. 14. 선고 99가합1071 판결)

☐ 근저당권설정등기경정등기승낙

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관한 ○○지방법원 2014. 5. 9. 접수 제3679호로 마친 근저당권설정등기의 채권최고액 “100,000,000원”을 “200,000,000원”으로 하는 경정등기에 대하여 승낙의 의사표시를 하라.

㉠ 소유권경정등기말소등기등의 경정등기승낙(예비적 병합)

1. 주위적 청구취지

원고에게, (1) 피고 사회복지법인 ○○사회복지재단은 대구 ○○구 ○○동 3가 20대 1,044㎡에 대한 등기부 갑구의 순위번호 “5부기 1호”, “5번소유권 경정”등기를 순위번호 “7” “유종원지분전부이전”등기로, 순위번호 “7” “권개지분(갑5) 전부이전”등기를 순위번호 “8” “권개지분전부이전”등기로 각 경정함에 대하여, (2) 피고 ○○광역시 ○○구는 위 각 경정등기 및, 위 토지등기부 갑구 순위번호 “9”를 순위번호 “10”으로, 순위번호 “10” “사회복지법인 ○○사회복지재단지분(갑7) 전부압류”등기를 순위번호 “11” “사회복지법인 ○○사회복지재단지분 전부압류”등기로 각 경정함에 대하여, 각 승낙의 의사표시를 하라.

소송비용은 피고들이 부담한다.

2. 예비적 청구취지

원고에게, (1) 피고 사회복지법인 ○○사회복지재단은 대구 ○○구 ○○동 3가 20대 1,044㎡에 관하여 ○○지방법원 1991. 8. 28. 접수 제5632호로 경료된 소유권경정등기의 말소등기절차 및 같은 날 접수 제5633호로 경료된 지분 이전등기중 공유자지분 31580분의 25264를 31580분의 12632로 경정하는 등기절차를, 각 이행하고, (2) 피고 ○○광역시 ○○구는 위 각 등기절차의 이행에 대한 승낙의 의사표시를 하라.

소송비용은 피고들이 부담한다.

[참조판례] ① 등기명의인 표시경정의 의미 및 2인의 공유등기를 그 중 1인의 단독소유 등기로 경정하는 표시경정등기 신청의 허부

등기명의인의 표시경정이란 등기부에 기재되어 있는 등기명의인의 성명, 주소나 상호, 사무소 등에 착오 또는 유류가 있는 경우에 그 명의인으로 기재 되어 있는 자의 동일성을 변함이 없이 이를 정정하는 것을 말하므로, 이미 행하여진 2인의 공유등기를 그 뒤에 생긴 원인으로 그 중 1인의 지분을 말소하고 나머지 1인의 단독 소유로 경정하여 달라는 경정등기신청의 경우, 이러한 등기신청을 받아들인다면 그에 의하여 소유자가 변경되는 결과로 되어서 등기명의인 의 동일성을 잃게 된다.

② 법률상 허용될 수 없는 등기명의인 표시경정등기가 수리되어 기입된 경우, 그 잘못된 등기의 시정 방법

2인의 공유등기를 그 중 1인의 단독 소유로 경정하여 달라는 등기신청은 그 취지 자체에 있어서 이미 법률상 허용될 수 없음이 명백한 경우에 해당하므로 부동산등기법 제55조 제2호 소정의 사건이 등기할 것이 아닌 때에 해당하여 등기공무원은 이를 각하하여야 하고, 등기공무원이 이를 간과하고 등기신청을 수리하여 등기가 행하여진 경우에는 등기상 이해관계 있는 자는 부동산등기법 제178조 소정의 등기공무원의 처분에 대한 이의신청의 방법으로 그 등기의 시정 을 구할 수 있으므로, 민사소송의 방법으로 그 시정을 구할 수는 없다.(대법원 1996. 4. 12. 선고 95다33214 판결)

㉠ 근저당권설정등기말소등기회복등기승낙

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 ○○지방법원 ○○등기소 1999. 7. 28. 접수 제65413호로 말소된 같은 등기소 1997. 5. 8. 접수 제54798호 근저당권설정 등기의 회복등기에 대하여 승낙의사를 표시하라.

소송비용은 피고가 부담한다.

[참조판례] 원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행과 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소송 도중에 근저당목적물인 부동산에 관하여 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납한 경우, 회복등기절차 이행이나 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구할 법률상 이익이 있는지 여부(소극)

부동산에 관하여 근저당권설정등기가 마쳐졌다가 등기가 위조된 관계서류에 기하여 아무런 원인 없이 말소되었다는 사정만으로는 곧바로 근저당권이 소멸하는 것은 아니지만, 부동산이 경매절차에서 매각되면 매각부동산에 존재하였던 저당권은 당연히 소멸하는 것이므로(민사집행법 제91조 제2항, 제268조 참조) 근저당권설정등기가 원인 없이 말소된 이후에 근저당목적물인 부동산에 관하여 다른 근저당권자 등 권리자의 신청에 따라 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하였다면, 원인 없이 말소된 근저당권도 소멸한다. 따라서 원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행과 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소송 도중에 근저당목적물인 부동산에 관하여 경매절차가 진행되어 매각허가결정이 확정되고 매수인이 매각대금을 완납하였다면 매각부동산에 설정된 근저당권은 당연히 소멸하므로, 더 이상 원인 없이 말소된 근저당권설정등기의 회복등기절차 이행이나 회복등기에 대한 승낙의 의사표시를 구할 법률상 이익이 없게 된다.(대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다28025 판결)